

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Mônica Medeiros Gaspar de Sousa

**A RETÓRICA PRINCIPIALISTA: O USO DOS PRINCÍPIOS
JURÍDICOS COMO FÓRMULAS DE REDUNDÂNCIA NA
PRÁTICA JURÍDICA**

Florianópolis
2015

Mônica Medeiros Gaspar de Sousa

**A RETÓRICA PRINCIPIALISTA: O USO DOS PRINCÍPIOS
JURÍDICOS COMO FÓRMULAS DE REDUNDÂNCIA NA
PRÁTICA JURÍDICA**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito, Programa de Pós-graduação da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Florianópolis
2015

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por ter me dado esta segunda chance de viver a vida, concretizar os sonhos já iniciados e iniciar os que em mim já existiam.

A minha família, em especial a minha irmã Maria Júlia, pelo convívio diário, pela paciência, por ter se tornado uma grande amiga e, especialmente, pelo Koda. Aos meus pais, Lúcia e Joel, pelo apoio, amor incondicional e pela família unida que nós quatro formamos.

Ao Marcus, companheiro constante, sempre presente nos momentos de felicidade e desespero, quem me fez seguir em frente, agradeço por todo o amor, auxílio, carinho e paciência.

Ao meu amigo Eduardo de Carvalho Rêgo, exemplo de retidão, humildade e altruísmo, que ajuda a todos sem esperar recompensas, agradeço pelas revisões e auxílio na concretização desse trabalho.

Ao meu orientador Professor Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori agradeço pelos ensinamentos recebidos e pelos valiosos conselhos.

“
*[...]nenhuma proposição pode ser
verdadeira a não ser que possa ter sua
veracidade demonstrada”*

Ronald Dworkin

RESUMO

A problemática que reverbera da tendência de superestimar o uso de princípios jurídicos sobre as regras, sua produção servindo à argumentações retóricas como mecanismos de justificação de decisões subjetivas, substituindo leis válidas e democraticamente construídas, é nada menos do que anuir com a insegurança jurídica, permitindo uma espécie de volta à discricionariedade, ínsita ao positivismo, que tanto se tentou superar. Para a concretização do direito, o Poder Judiciário deve atuar em conformidade com a Constituição, por meio de uma análise reflexiva acerca dos paradigmas que informam e conformam a decisão jurídica, como garantia de segurança ao cidadão, que necessita possuir condições de aferir se os fundamentos decisórios contidos na decisão estão ou não adequados ao direito. É necessário impedir fundamentos embasados em subjetivismos. A fundamentação jurídica deve ser exaustiva. Por esses motivos, após o aprofundamento nos aportes das teorias dos princípios jurídicos de Lenio Sterck, Humberto Ávila e Marcelo Neves, o que se sugere no presente trabalho é delinear uma teoria da decisão judicial que sirva ao controle dos decisionismos provocados pelo uso de pseudoprincípios (princípios usados como fórmulas de redundância em justificações particularistas). Essa teoria realiza-se pela demonstração da relação complementar, circular e reflexiva entre princípios e regras: o princípio condiciona o argumento disposto na regra e a regra delimita a aplicação do princípio. Concluindo que uma decisão coerente não pode tomar por base padrões inventados, o cidadão tem o direito de poder verificar a fundamentabilidade e segurança jurídica da decisão que proveu, ou não, o seu direito. A elevação da posição institucional do Poder Judiciário não pode ser sinônimo de atuação arbitrária, livre do controle democrático. Sendo esse o objetivo do presente trabalho, trazer os aportes iniciais de uma teoria da decisão que objetiva uma fundamentação exaustiva, com o intuito de superar a discricionariedade proveniente do uso de princípios jurídicos como se fossem padrões interpretativos, que adquirem foro de universalização dada a pompa com que são invocados.

Palavras-chave: Princípios. Regras. Neoconstitucionalismo. Insegurança jurídica. Discricionariedade judicial. Retórica principialista. Pseudoprincípios.

ABSTRACT

The problematic that reverberates from the tendency to overestimate the use of legal principles over the rules, its generation serving to the rhetorical arguments as justification mechanisms for subjective decisions, replacing valid and democratically constructed laws, is nothing less than to give assent to the legal uncertainty, allowing some sort of return to the discretion inherent to positivism, that for so long we have tried to overcome. To implement the law, the Judiciary Branch should act in accordance with the Constitution, through a reflective analysis regarding the paradigms that inform and shape the legal decision, as a citizen security guarantee, who needs to have conditions to check whether the decision-making foundations contained in the decision are suitable or not for the law. It is necessary to prevent foundations grounded in subjectivism, the legal foundation should be exhaustive. For these reasons, after a deeper understanding on contributions of the legal principles theories of Lenio Sterck, Humberto Avila and Marcelo Neves, what is suggested in the present work is to outline a theory of legal decision to be used to the control of arbitrariness caused by the use of pseudo principles (principles used as redundant formulas in particularistic justifications). This theory is carried out by the demonstration of the complementary, circular and reflective relationship between principles and rules: the principle determines the argument referred to in rule and the rule limits the application of the principle. Concluding that a coherent decision can not be based on invented standards, the citizen has the right to be able to check the foundations and legal certainty of the decision that provided or not their rights. The elevation of the institutional position of the Judiciary Branch can not be a synonym of arbitrary actions, free from democratic control. This was the aim of the present work, to bring the initial inputs of a theory of decision aiming at a exhaustive foundation in order to overcome the discretion arising from the use of legal principles as if they were interpretative standards, that acquire universal jurisdiction given the pomp with which they are invoked.

Keywords: Principles. Rules. Neoconstitutionalism. Legal uncertainty. Judicial discretion. Principalist rhetoric. Pseudo principles.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
CAPÍTULO I - A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS	21
1.1. PRINCÍPIOS E REGRAS JURÍDICAS – DO JUSNATURALISMO AO PÓS-POSITIVISMO.....	21
1.2. A TEORIA DÉBIL DE DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS	31
1.3. A TEORIA QUALITATIVA – INTRODUÇÃO AOS APORTES DE RONALD DWORKIN E ROBERT ALEXY	39
1.4. RONALD DWORKIN E SUA CRÍTICA AO POSITIVISMO.....	40
1.5. A TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY	59
CAPÍTULO II - O PRINCIPIALISMO NO BRASIL	73
2.1 O ESTUDO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS NO BRASIL	73
2.2 O PANPRINCIPIOLOGISMO SEGUNDO LENIO STRECK	82
2.3 CONSTITUIÇÃO REGULATÓRIA <i>VERSUS</i> CONSTITUIÇÃO PRINCIPIOLÓGICA – HUMBERTO ÀVILA.....	99
2.4 A RELAÇÃO DE CIRCULARIDADE ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS – MARCELO NEVES.....	111
2.5 A RELAÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS NO DIREITO BRASILEIRO	122
CAPÍTULO III - INSEGURANÇA JURÍDICA E A RETÓRICA PRINCIPIALISTA.....	127
3.1 A INSEGURANÇA JURÍDICA DECORRENTE DA PRÁTICA JUDICIAL CONFUSA	128
3.2 O INTÉRPRETE E A LEI – DO PASSIVISMO AO ATIVISMO JUDICIAL.....	139
3.3 A AUSÊNCIA DE DENSIDADE REGULATIVA DOS PSEUDOPRINCÍPIOS.....	151
3.3.1 Princípio da simetria:	154
3.3.2 Princípio da efetividade da constituição:.....	155
3.3.3 Princípio da precaução:	156

3.3.4 Princípio da não-surpresa:.....	158
3.3.5 Princípio da afetividade:	160
3.3.6 Princípio do fato consumado:	161
3.3.7 Princípio da confiança no juiz da causa:	163
3.3.8 Princípio da paternidade responsável:.....	164
3.4 UMA TEORIA DA DECISÃO ADEQUADA AO CONTEXTO SOCIAL BRASILEIRO.....	169
CONCLUSÃO	183
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	187

INTRODUÇÃO

No contexto histórico da corrente jusfilosófica pós-positivista, com a ascensão do neoinstitucionalismo e constitucionalização do direito, ocorreu uma reaproximação entre ética e direito, materializada na positivação dos princípios jurídicos, que passaram a estar abrigados na Constituição e na legislação ordinária. Houve, por conseguinte, na prática jurídica brasileira uma tendência a superestimar os princípios, fator que impulsionou seu estudo no direito pátrio.

Da abundância de fundamentações embasadas em princípios, percebeu-se seu recorrente uso de modo retórico, redundante, e até mesmo a criação de princípios para resolver casos específicos. Esse cenário, provocou, e ainda provoca, uma inconsistência no sistema jurídico, produzida por um ativismo judicial desmedido, transformando os princípios em uma espécie de “remédio” capaz de solucionar qualquer “problema”, e que muitas vezes servem para afastar regras aptas para solucionar o caso concreto.

Hoje em dia, juízes e colegiados tomam decisões com base nos mais variados princípios. Chega-se ao extremo de considerar a autonomia administrativa e financeira conferida constitucionalmente ao Poder Judiciário como o “princípio do auto-governo da magistratura”, numa tautologia gritante, como se hoje qualquer argumento proveniente, ou não, da Constituição pudesse tonar-se um argumento principiológico. Ocorre que, se “qualquer coisa” pode ser um princípio, como atribuir-lhes normatividade sem infringir a segurança jurídica dos cidadãos?

A superioridade dos princípios em face das regras e a ênfase conferida ao Poder Judiciário, características do neoconstitucionalismo, transformam os princípios em padrões, *standards* jurídicos, na medida em que “a regra só será regra se não desobedecer aquilo que a institui e que lhe é condição de possibilidade de sentido: o princípio”¹. Ocorre que, do que se pôde observar, aplicar princípios nos julgamentos da forma como eles vem sendo empregados é violar o direito fundamental do cidadão de ver a decisão que define sua lide ser fundamentada enfrentando os argumentos postos por ele propostos. A norma jurídica decisória decorre do processo de concretização jurídica. Por isso, diz-se que “o princípio é elemento instituidor, o elemento que existencializa a regra que ele instituiu”, e não sua condição sua possibilidade.

No Brasil, é necessária a construção de uma teoria da decisão judicial preocupada em impedir que o poder dos juízes se sobreponha ao

¹STRECK, 2009, pp. 523-524.

próprio direito, uma teoria em que seja possível verificar a coerência, fundamentabilidade e segurança jurídica das decisões. A elevação da posição institucional do Poder Judiciário não pode ser sinônimo de atuação arbitrária, livre do controle democrático, precisam-se criar condições que impeçam decisões fundamentadas numa retórica principialista ou em convicções pessoais do magistrado.

Por essa razão, esta dissertação, realiza uma análise crítica acerca da maneira como os princípios jurídicos vêm sendo aplicados no momento da decisão, e se esse *modus operandi* está adequado aos pressupostos básicos do Estado Constitucional de Direito, mormente quando se tem uma Constituição compromissária e dirigente como a nossa.

Esse estudo pretende demonstrar que com a utilização dos princípios como fórmulas de redundância, sua sobrevalorização em detrimento das regras, chega-se a um estado limite de insegurança jurídica. É necessário impedir as análises morais do direito em que o intérprete entende como falha a regra posta e desrespeita a lei, “legislando” com base em princípios.

Os princípios devem ser trabalhados em cada caso concreto, numa relação conjunta com as regras, o que ocorre no plano argumentativo da interpretação jurídica. Em resumo, a evolução dos princípios de diretriz interpretativa à mandamento que ultrapassa a normatividade das regras, sem o desenvolvimento de critérios de interpretação, leva a sua aplicação sem a devida responsabilidade democrática.

Conforme será demonstrado, a hermenêutica jurídica brasileira parece não ter enfrentado o desafio exigido na aplicação dos princípios, facilitando o pronunciamento de decisões judiciais que reproduzem convicções particulares dos julgadores, em afronta ao dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais². Essa típica utilização dos princípios na interpretação e aplicação do direito, ínsita ao

²Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

neoconstitucionalismo, prejudica a prática jurisdicional e torna essa prática confusa.

O foco de atenção deste trabalho é demonstrar a essencial relação de complementariedade entre regras e princípios na concretização constitucional, bem como sugerir os aportes iniciais de uma teoria da decisão adequada ao contexto social brasileiro.

No primeiro capítulo, realiza-se uma análise da evolução histórica dos princípios jurídicos, de mero norte decisional à mandamento imperativo. Em seguida estudam-se as teorias quantitativa e qualitativa de distinção entre princípios e regras. A primeira, compreende que a diferença entre eles está situada apenas na gradação da norma, já a segunda também diferencia as duas espécies normativas por seu aspecto estrutural. Essa distinção se faz necessária para adentrar nas teorias dos princípios de Ronald Dworkin e Robert Alexy que optaram pela teoria qualitativa de distinção entre regras e princípios.

Na sequência, são estudadas as teorias desses dois juristas. A teoria dos princípios de Ronald Dworkin que parte de uma crítica ao positivismo, aposta no uso dos princípios apoiados numa “moralidade comunitária”, possibilitando encontrar uma única resposta. E a técnica da ponderação de princípios de Robert Alexy, que parte de um sopesamento entre princípios colidentes, delimitando-se a escolha de um deles como norma de decisão, essas teorias foram amplamente recepcionadas pela comunidade jurídica brasileira, principalmente a teoria alexyana, razão pela qual suas críticas também fazem parte do presente trabalho.

A importação muda e acrítica da técnica de ponderação de princípios, o uso recorrente dessa técnica e a prevalência geral dada aos princípios jurídicos pelo neoconstitucionalismo terminou em uma espécie de “revolução dos princípios”, objeto do segundo capítulo, que mergulha no estudo dos princípios jurídicos e na institucionalização do direito no Brasil. Procedendo-se ao aprofundamento nas teorias dos princípios de três estudiosos brasileiros: Lenio Streck, Humberto Ávila e Marcelo Neves. Concluindo-se que o entendimento desses autores convergem no ponto de que a banalização do uso dos princípios pela jurisprudência gera insegurança jurídica.

Por tudo isto, no terceiro capítulo, realizar-se uma análise jurisprudencial demonstrando casos típicos em que princípios jurídicos funcionam como panaceia para fundamentar os mais variados temas, com o objetivo de dar ares de justiça e legalidade as decisões que carecem de fundamentação. E, ao final, apresentam-se os aportes iniciais

de uma teoria da decisão judicial adequada ao contexto brasileiro, construída sob os aportes das teorias desses três autores.

Conforme será demonstrado nesse trabalho, o maior obstáculo à aplicação dos princípios jurídicos diz respeito à discricionariedade intrínseca aos argumentos principiológicos. A interpretação deve vir integrada ao programa constitucional, realizada por meio de fundamentos claros e precisos, para que o cidadão possa compreender os alicerces da decisão ao qual se submete, sem argumentos retóricos, sem empolgação.

CAPÍTULO I - A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

1.1. PRINCÍPIOS E REGRAS JURÍDICAS – DO JUSNATURALISMO AO PÓS-POSITIVISMO

O estudo da distinção entre regras e princípios apresentou crescimento exponencial nos últimos anos, a relevância dessa distinção para a hermenêutica jurídica justifica a sua presença nos estudos que aprofundam esse tema³, sendo este trabalho um deles.

A evolução dos princípios de diretriz interpretativa à mandamento obrigatório perpassa por três diferentes correntes filosóficas, quais sejam, o jusnaturalismo, o juspositivismo e o pós-positivismo⁴.

³ Acerca do grande número de trabalhos que abordam o tema da distinção regra/princípio, manifesta-se Humberto Ávila que: “a distinção entre princípios e regras virou moda. Os trabalhos de direito público tratam da distinção, com raras exceções, como se ela, de tão óbvia, dispensasse maiores aprofundamentos. A separação entre as espécies normativas como que ganha foros de unanimidade. E a unanimidade termina por semear não mais o conhecimento crítico das espécies normativas, mas a crença de que elas são dessa maneira, e pronto. Viraram lugar-comum afirmações, feitas em tom categórico, a respeito da distinção entre princípios e regras. Normas ou são princípios ou são regras. As regras não precisam nem podem ser objeto de ponderação; os princípios precisam e devem ser ponderados. As regras instituem deveres definitivos, independentemente das possibilidades fáticas e normativas. Quando duas regras colidem, umas das duas é inválida, ou deve ser aberta uma exceção a uma delas para superar o conflito. Quando dois princípios colidem, os dois ultrapassam o conflito mantendo sua validade, devendo o aplicador decidir qual deles possui o maior peso.

(ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 18). E, mais adiante em sua obra, prossegue afirmando que, no entanto, essas afirmações semeiam dúvidas, pois a atividade do intérprete “não consiste em meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos. Sua atividade consiste em construir esses significados. Nessa interpretação percebe-se que as características dos princípios e regras não são exclusivas, como os princípios, as regras também podem ser abertas e indeterminadas, necessitando de uma ponderação para serem aplicadas, sendo necessário repensar essa distinção taxativa entre regras e princípios”. (ÁVILA, 2005, p. 24).

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004. P. 231, 230

O jusnaturalismo passou por três fases históricas, o direito natural consuetudinário, o direito natural divino e o direito natural racional⁵. Este último, também denominado jusnaturalismo moderno, desenvolveu-se a partir do século XVII. Segundo Norberto Bobbio, o jusnaturalismo moderno aproxima a lei da razão humana, o direito deixa de ser uma ordem divina passando a ser um conjunto de condições fáticas que o indivíduo necessita considerar racionalmente para regular sua vida em sociedade, ou seja, adaptado ao novo contexto social do homem:

A superioridade do jusnaturalismo moderno sobre o medieval deve ser procurada no fato de que o primeiro se vale de um novo conceito de “razão” mais flexível e adaptado à nova concepção do lugar ocupado pelo homem no Cosmos, conseqüentemente, mais bem adaptado também a um novo conceito de “natureza” que não é mais a ordem universal estabelecida por Deus, mas tão-só o conjunto das condições de fato - ambientais, sociais, históricas - que o indivíduo precisa levar em conta para regular a sua vida em comum. Já se disse que, mudados os conceitos de razão e natureza, “o direito natural deixa de ser o caminho através do qual as comunidades humanas - podem participar da ordem cósmica, ou contribuir para ela, tomando-se uma técnica racional da coexistência⁶.

Fundado na crença de princípios de justiça universalmente válidos decorrentes da própria natureza humana, o direito natural vem fornecer os fundamentos sólidos sobre os quais o homem constrói o edifício das regras morais que orientarão sua convivência em

⁵ A fase jusnaturalista que será analisada no presente estudo corresponde ao “justuralismo racional”. Acerca das fases do jusnaturalismo, segue ensinamento de Norberto Bobbio: “Depois do direito natural consuetudinário, que se perde na noite do tempo, e do direito natural divino, que acompanha toda a filosofia política e jurídica medieval, o direito natural racional representa, hoje, uma encarnação do direito não proposto pelo homem e que, justamente por não ter sido atingido pelas procelas da história, tem ou pretende ler validade universal e, portanto, uma dignidade maior do que a do direito positivo”. (BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 32)

⁶ BOBBIO, 1997, p. 46.

comunidade, proporcionando uma espécie de base à lei escrita, relacionando-se com ela. O jusnaturalismo, parte de um conceito divino de natureza, superior e transcendente à qualquer vontade humana, marcado pela racionalidade:

O método que une os teóricos do jusnaturalismo é o método racional, ou seja, aquele método que deve permitir a redução do direito e da moral (bem como da política), pela primeira vez na história da reflexão sobre a conduta humana, a uma ciência demonstrativa. [...] A melhor prova disso, de resto, é o fato de ter prevalecido o uso (pelo menos a partir da crítica da escola histórica) de chamar o direito natural moderno de “direito racional”: temos aqui um indicador do fato de que aquilo que caracteriza o movimento em seu conjunto não é tanto o objeto (a natureza), mas o modo de abordá-lo (a razão), não um princípio ontológico (que pressuporia uma metafísica comum que, de fato, jamais existiu), mas um princípio metodológico⁷.

Em sua obra “Teoria do Direito”, Bobbio critica os teóricos do direito natural por formularem um sistema de normas advindo de princípios jurídicos universais, sob o fundamento de que essas normas, se não estivessem positivadas, não teriam validade, tornavam-se válidas apenas na medida em que eram acolhidas por um código escrito, independentemente de serem justas ou não. Assim, para ele, o direito natural pretende ser o direito justo por excelência, no entanto, sua justeza está dissociada da sua validade⁸.

Nessa corrente jusfilosófica, os princípios situam-se fora da esfera jurídica, sendo considerados como diretrizes, existentes apenas no plano da abstração como proposições supremas e universais, desenvolvidos pela interação do homem com o ambiente e cuja observância independe do poder de coerção próprio da criação legislativa. É dizer: os princípios no direito natural eram destituídos de imperatividade.

⁷ BOBBIO, Norberto. *O modelo jusnaturalista*. In: BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. São Paulo: Brasiliense, 1986, pp.15-16.

⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: EDIPRO, 2001, p. 50.

Desse modo, no jusnaturalismo os princípios funcionavam como inspiradores de um ideal de justiça, cuja eficácia cingia-se a uma dimensão ético-valorativa do Direito, concebidos como “*‘axiomas jurídicos’ ou normas estabelecidas pela reta razão. Sendo, assim, normas universais do bem obrar*”⁹. Nesse contexto histórico, não havia que se falar em positivação dos princípios ou em sua aplicabilidade concreta.

No entanto, notadamente, na transição da idade média para a idade moderna, de meados do século XVIII ao início do século XIX, com a complexidade crescente dos problemas sociais, veio a necessidade teórica e prática jurídica de uma maior clareza referente a aplicabilidade princípios jurídicos¹⁰. Afinal eles eram ou não eram normas jurídicas? Nesse momento, emergiu com grande força a corrente filosófica do positivismo, codificando muitos dos princípios ético/morais que vinham sendo utilizados na interpretação e aplicação do direito.

Consequentemente, o direito natural considerado anticientífico, “*foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX*”¹¹. Buscando-se objetividade científica na interpretação e aplicação do direito, o positivismo equiparou-o à lei, afastando-o “*da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX*”¹².

O positivismo surge então num esforço de transformar o estudo direito em ciência, com as mesmas características das ciências matemáticas, naturais ou sociais. Sabendo-se que uma característica fundamental das ciências é sua neutralidade, a interpretação e aplicação do direito excluiria os juízos de valor de seu campo científico. Trata-se de uma teoria diametralmente oposta ao direito natural, enquanto àquela reduz a justiça à validade, uma norma não é válida se não é justa, nesta a norma só é justa se estiver positivada no ordenamento jurídico¹³.

O estudo do juspositivismo tem dentre seus principais percursores Hans Kelsen que, na obra “Teoria Pura do Direito”, prega a ideia de que a ciência do direito deveria ter como objeto de estudo apenas o direito codificado, livre de princípios morais ou do direito natural:

⁹ BONAVIDES, 2004, p. 261.

¹⁰ BONAVIDES, 2004, pp. 259-262.

¹¹ BONAVIDES, 2004, p. 262.

¹² *Ibidem*.

¹³ BOBBIO, 2001, pp. 58-59.

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo - do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação. [...] Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental¹⁴.

Com a codificação de um corpo de normas sistematicamente organizadas, a lei aparece como instrumento jurídico capaz de resolver todas as celeumas da sociedade, limitando a aplicador do direito à subsunção mecânica da norma ao caso concreto. Acerca do surgimento do juspositivismo, Luis Alberto Warat afirma tratar-se de um momento de concretizações dos textos legais, sob o pressuposto de que o direito se aterá ao ordenamento jurídico estabelecido através das leis validamente ditadas e vigentes¹⁵.

Para os positivistas, o estudo do Direito deve ser realizado nos limites estreitos de sua realidade, tratado de forma descritiva, através das normas constantes nos códigos. Bobbio partindo da teoria de Kelsen, entende que:

O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua avaloratividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes

¹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 7ª ed., 2006, p. 1.

¹⁵ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito II*. Porto Alegre: Editor Sergio Antônio Fabris, 1995, p. 17.

últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato¹⁶.

Assim, o direito é o que está explicitamente disposto em uma lista de regras, estabelecidas previamente pela autoridade estatal competente que, por sua vez, também deve seguir as regras impostas. É o direito em sua forma empírica. A teoria positivista pretende apenas ser lógica, método, sistema e assim manter-se, respeitosamente, “*distante das valorações, dos efeitos míticos e políticos de sua própria prática social. Assim, a ciência jurídica imuniza-se contra a filosofia, a sociologia e a ciência política*”¹⁷.

Nessa toada, sendo o direito uma ciência lógica, o papel do jurista limita-se a descrever um juízo de fato (que representa uma tomada de conhecimento da realidade) e aplicar a norma distante de qualquer juízo valorativo (que seria uma tomada de posição frente à realidade)¹⁸. Assim, nessa corrente de pensamento, os princípios integram os códigos, “*sendo positivados no texto normativo, deixando de ser um instrumento de interpretação, para ser uma norma jurídica (mesmo que em caráter subsidiário)*”¹⁹.

Desse modo, apesar de uma aplicabilidade comedida, pois só eram aplicados na medida em que estivessem positivados, os princípios jurídicos já possuíam o caráter de normatividade no positivismo. Ocorre que, a complexidade social e as celeumas com ela advindas traziam a necessidade de que o aplicador da norma possuísse um campo interpretativo maior, haja vista as lacunas e deficiências da aplicação exclusiva da letra pura da lei.

Assim, a partir da segunda metade do século XX, a interpretação e aplicação do direito já não cabia mais no positivismo jurídico, “*notadamente com a promulgação de Constituições que acentuavam a hegemonia axiológica dos princípios*”²⁰, a limitação do juiz ao direito positivo e sua separação rígida da moral já não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições da sociedade²¹.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p.135.

¹⁷ WARAT, 1995. p. 104.

¹⁸ BOBBIO, 1995, p.135.

¹⁹ BONAVIDES, 2004, p. 262.

²⁰ BONAVIDES, 2004, p. 264.

²¹ Conforme enfatiza Paulo Bonavides: “na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação

Por outro lado, o discurso científico que adveio do positivismo impregnara o Direito, restando inviável o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo²² inicia sua trajetória como uma ferramenta de superação do conhecimento convencional, guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade²³. Ou seja, essa nova corrente jusfilosófica pretende ultrapassar a estrita legalidade, explorando uma leitura moral do direito mas, diferentemente do jusnaturalismo, sem recorrer à categorias metafísicas:

No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se

intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios. [...] Dali parte Dworkin para a necessidade de tratar-se os princípios como direito, abandonando, assim, a doutrina positivista e reconhecendo a possibilidade de que tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor obrigação legal”. (BONAVIDES, 2004, p. 265)

²² Luis Roberto Barroso assevera que o pós-positivismo teria sido o marco histórico em que se deu o neoconstitucionalismo. Veja-se: “O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional”. (BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 240, 1-42, abr/jun. 2005, p. 40)

²³ BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. In: Revista Diálogo Jurídico. Ano I – vol. I – n. 6, setembro de 2001, Salvador -BA, p. 19.

uma reaproximação entre o Direito e a filosofia²⁴.

Essa fase procede o positivismo contemporâneo, reconhecendo normatividade aos princípios, mesmo os não positivados, e sua aplicabilidade como instrumentos aptos a resolver controvérsias, reconhecida como o marco filosófico do novo direito constitucional, movimento marcado pela “*superação dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo*”²⁵.

Esse novo direito constitucional, também chamado neoconstitucionalismo, promove a constitucionalização do direito, por meio da volta aos valores compartilhados pela comunidade. Trata-se, portanto, de uma reaproximação entre ética e direito, na qual os valores ético-filosóficos migram para o mundo jurídico e materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente²⁶.

Frisa-se que a novidade do pós-positivismo não reside no reconhecimento dos princípios pela ordem jurídica, pois “*vindos dos textos religiosos, filosóficos ou jusnaturalistas, de longa data permeiam a realidade e o imaginário do Direito, de forma direta ou indireta*”. A diferença dos princípios nessa fase é que, positivados ou não, isto é, dispostos de maneira explícita ou implícita no ordenamento jurídico, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico, conferindo unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. No pós-positivismo os princípios jurídicos servem de guia ao intérprete, apresentando como características marcantes, as de: “*a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete*”²⁷.

Além de conquistarem o *status* de norma jurídica, os princípios passaram a ocupar o centro do sistema, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras, inexistindo hierarquia entre elas²⁸.

Nessa fase, tanto a doutrina do jusnaturalismo quanto o positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo severas críticas do

²⁴ BARROSO, 2005, p. 6.

²⁵ BARROSO, 2005, p. 5.

²⁶ BARROSO, 2001, pp. 19-20.

²⁷ BARROSO, 2001, p. 20.

²⁸ BARROSO, 2001, p. 21.

movimento antipositivista que contribuiu para traçar e caracterizar um novo ângulo de normatividade reconhecendo os princípios com a mesma força normativa que as regras²⁹. Assim, conforme leciona Luis Roberto Barroso, o pós-positivismo foi a matriz filosófica em que se deu o neoconstitucionalismo, que identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no direito constitucional, em meio às quais assinalam-se:

(i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito³⁰.

Por fim, o reconhecimento da normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa³¹ em relação às regras é um dos símbolos do pós-

²⁹ BONAVIDES, 2004, p. 265.

³⁰ BARROSO, 2005, p. 11.

³¹ Segundo ensina André Rufino do Vale, os principais teóricos no estudo da teoria qualitativa de distinção entre regras e princípios seriam, na sequência, Ronald Dworkin, Robert Alexy e, em conjunto, Manuel Atienza e Juizan Ruiz Manero. Em suas palavras: “Da conhecida distinção lógica ou qualitativa elaborada por Dworkin, que é seguida da teoria dos princípios de Alexy, consideradas como marco do debate atual sobre o tema”. Além disso, importante ressaltar os novos enfoques dessa teoria “trazidos por Manuel Atienza e seu parceiro Juan Ruiz Manero. Os autores espanhóis reformulam pontos das teorias de Alexy e Dworkin e traçam sua análise com base no entendimento de regras e princípios como estruturas normativas, o que configura o enfoque estrutural de sua teoria, e de regras e princípios como razões para a ação, que constitui o enfoque funcional. Como se poderá perceber, a teoria de Atienza e Ruiz Manero, ao lado das teorias de Dworkin e Alexy, conformam a tese forte ou qualitativa da distinção entre regras e princípios”. (VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2009, pp. 23/24). Nesse trabalho se dará especial enfoque às obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy acerca da distinção qualitativa entre regras e

positivismo que representou, portanto, uma verdadeira adequação do direito à sociedade moderna. A lei deixou de ser entendida como única forma de interpretação e aplicação do direito, e os princípios adquiriram novo delineamento, mais abrangente, envolvendo uma relação de necessária conformidade com o conjunto sistemático do ordenamento jurídico, aqui considerando regras e princípios.

No que se refere à distinção entre princípios e regras, a doutrina³² aponta a existência de pelo menos duas concepções: uma defende a chamada concepção “forte”, “quantitativa”, “débil” ou “de grau³³”, que afirma que a diferença entre eles está situada apenas na gradação da norma. E a denominada concepção “forte” ou “qualitativa” na qual a

princípios. Em interesse de aprofundar-se sobre a teoria de Atienza e Manero, vide: ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan. *Las piezas del derecho*. Barcelona: Ariel, 2005.

³² Vide, dentre outros autores: BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universitária de Brasília, 1997; ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência jurídica*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997; VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2009; ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009; OLIVEIRA, Fábio de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. *Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional*. São Paulo: Atlas, 2009.

³³ No presente trabalho serão utilizadas quaisquer dessas nomenclaturas (“forte”, “quantitativa”, “débil” ou “de grau”) para se referir à distinção “fraca” entre regras e princípios, isso se dá devido às diferentes denominações utilizadas pelos autores pesquisados para se referirem a uma distinção gradual entre regras e princípios. Veja-se, como exemplo, Robert Alexy que utiliza a nomenclatura “quantitativa” para se referir a uma distinção de aplicação gradual entre princípios e regras, discordando dessa posição, afirma que “a diferença entre elas não é meramente quantitativa, como pode insinuar a noção de generalidade, mas antes qualitativa” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.85).

diferença entre eles seria eminentemente estrutural, revelando-se clara nas colisões de princípios e no conflito entre regras.

1.2. A TEORIA DÉBIL DE DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Conforme mencionado, fundamentalmente, os teóricos constitucionalistas baseiam suas teorias de distinção entre regras e princípios em duas concepções: a qualitativa e a quantitativa. André Rufino do Vale explica que:

[...] de acordo com a tese da demarcação forte ou qualitativa, as regras possuem certas características não observadas nos princípios e estes também estão singularizados por determinadas peculiaridades que não podem ser encontradas nas regras. Estabelece-se, portanto, uma rígida separação entre regras e princípios, sem que se possa conceber a existência de normas com características comuns a regras e princípios. Não há espaço para categorias intermediárias. Na distinção fraca essa estreita vinculação permite que enunciados de princípios possam ser reformulados como enunciados de valores e vice-versa. Assim, dá no mesmo falar em princípio da liberdade de imprensa ou valor da liberdade de imprensa etc. Princípios e valores, portanto, possuem estruturas semelhantes³⁴.

A tese fraca sustenta que a distinção entre regras e princípios é quantitativa ou de grau e está vinculada a uma visão positivista do Direito, não visualizando uma distinção substancial em relação às regras, mas, unicamente, uma maior generalidade e abstração, o que conduz os princípios à condição de normas fundamentais do sistema e lhes confere um amplo campo interpretativo, sem aptidão, contudo, para fornecer uma unidade de solução ao caso concreto.

Acerca do tema, ensina Fábio de Oliveira que:

O critério em questão enuncia que entre os princípios e as regras há uma diferença de grau, normalmente as regras são mais específicas que os princípios. [...] Como se vê o critério gradualista

³⁴ VALE, 2009, p. 99.

revela que os princípios são comumente mais abstratos, mais genéricos, mais fundamentais, mais próximos ao que se tem por essência do Direito do que as regras. Pelo seu caráter basilar, os princípios mostram-se como fundamentos para as regras. É dizer que toda a regra deve estar sustentada em um princípio³⁵.

Infere-se, portanto que o critério quantitativo fundamenta-se numa distinção de grau de aplicação dos princípios se comprados com as regras, os princípios por abstratos aplicar-se-iam a um número indeterminável de pessoas e situações conferindo ampla abertura semântica na interpretação de seus preceitos, enquanto as regras seriam aplicáveis a situações específicas, previamente determinadas.

A distinção débil³⁶ admite que as propriedades estruturais e funcionais dos princípios possam ser encontradas nas regras e vice-versa, convivendo harmoniosamente por meio de um influxo recíproco, porém desordenado. Isso quer dizer que a concepção fraca, apesar de focar-se primordialmente no aspecto funcional da distinção, reconhece que certas funções desempenhadas pelas normas “*estão vinculadas, ainda que de forma débil, à sua estrutura*”³⁷. Acerca das características estruturais e funcionais das regras e princípios, abordadas na teoria quantitativa de distinção, ensina André Rufino do Vale:

No plano estrutural, a teoria dútil é focada nos princípios, pois pretende não cair no mesmo erro, observado nas teorias fortes, de mirar em demasia para a caracterização das regras, o que poderia gerar um modelo de regras mais formalista que o que se pretende combater ao se estabelecer uma distinção entre as normas. Assim, percebendo que a finalidade da distinção é ressaltar as peculiaridades dos princípios, a diferenciação dútil é estabelecida com base em certas características observadas geralmente nos princípios, porém deixando claro que estas

³⁵ OLIVEIRA, Fábio de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 44-45.

³⁶ O autor André Rufino do Vale, tendo em vistas as bases utilizadas em sua pesquisa, utiliza para a distinção de grau entre princípios e regras as nomenclaturas: “teoria débil”, “teoria fraca”, “teoria quantitativa”, e, por fim, “teoria dútil”. (VALE, 2009).

³⁷ VALE, 2009, p. 130.

também podem aparecer nas regras. Dessa forma, essas características estruturais não servirão para fixar uma rígida separação entre regras e princípios, mas atuarão como indicadores ou estimuladores, ainda que não necessariamente, de uma certa função dessas normas no sistema jurídico e na argumentação jurídica. Dentre essas características estruturais, as mais comuns são a generalidade e a vaguidade. Nesse sentido, pode-se dizer que os princípios são mais gerais que as regras, mas nada impede que as regras também possam padecer de um certo grau de generalidade³⁸.

A característica de maior generalidade dos princípios não exclui a possibilidade de que as regras também possuam certo grau de generalidade, porém, utilizando a escala de gradação, a generalidade e a vagueza podem ser encontradas num alto grau nas normas que se situam no extremo pertinente aos princípios. Assim, a distinção débil não se trata de uma diferença de estrutura, mas, de funcionalidade.

As diferenças entre regras e princípios aparecem com maior intensidade no momento da interpretação e aplicação das normas, momento no qual o enfoque funcional permite aproveitar as vantagens dessa distinção na prática jurídica, na medida em que permite distinguir os diferentes usos das normas na interpretação e raciocínio jurídico³⁹.

A teoria fraca analisa a questão estrutural apenas para constatar que algumas características presentes na morfologia das normas, dentre as quais sublinham-se, generalidade, vagueza, e abstração dos princípios em relação às regras, podem ser determinantes da função que estas cumprem na argumentação jurídica:

Em todo caso, segundo essa teoria definir se uma norma constitui uma regra ou um princípio, seria uma questão de interpretação, muitas vezes manipulada pelo intérprete com o intuito de atribuir à norma certos efeitos práticos (independentes de sua estrutura) que incentivarão mecanismos diferenciados de argumentação úteis para a solução do caso concreto. Dessa forma, estabelece-se um vínculo dúctil entre a estrutura da norma e sua função na interpretação e na

³⁸ VALE, 2009, pp. 130-131.

³⁹ VALE, 2009, p. 131

argumentação jurídica⁴⁰.

Assim, o que determina a diferença entre princípios e regras é o maior grau de abertura semântica dos princípios em relação às regras. A teoria quantitativa de distinção é defendida por Norberto Bobbio, para quem os princípios gerais seriam “*normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais*”⁴¹, partindo da ideia de que a noção de princípio está muito mais ligada a um determinado modelo de argumentação do que a uma certa classe de normas.

Para José Joaquim Gomes Canotilho também o sistema jurídico do Estado Democrático de Direito é um sistema normativo aberto de regras e princípios, no qual os princípios seriam caracterizados por serem mais gerais e abstratos do que as regras. Para distinguir essas normas, o autor lança mão de vários critérios, tais como: *a) Grau de abstração*: os princípios são normas com alto grau de abstração, enquanto as regras apresentam uma abstração relativamente reduzida; *b) Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os princípios são mais gerais, vagos, indeterminados, proporcionando uma maior abertura interpretativa na aplicação aos casos concretos, enquanto as regras são aplicadas diretamente; *c) Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito*: os princípios são normas de caráter fundamental no ordenamento jurídico; *d) Proximidade da ideia de direito*: os princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça ou na ideia de direito; as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional; *f) Natureza normogenética*⁴²: os princípios são fundamento de regras, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante⁴³.

⁴⁰ VALE, 2009, p. 133

⁴¹ BOBBIO, 1997, p. 158.

⁴² Em virtude de sua natureza normogenética, “os princípios estariam na base e constituiriam a razão de todo o sistema jurídico, proporcionando-lhe fundamentação de direito, assumindo, portanto, a posição de normas jurídicas efetivas. A partir desta concepção teórica, tem-se o reconhecimento doutrinário da sua natureza normativa própria com força vinculante e não apenas simples enunciado programático. Em face desta nova diretriz doutrinária, já consolidada cientificamente ao final do século passado, utiliza-se a expressão norma jurídica como referência geral às disposições gerais, abstratas, impessoais e obrigatórias que disciplinam a atividade estatal e a vida em sociedade. Por tais razões, quando se fala em norma jurídica (em sentido amplo), nesta expressão estão contidas as ideias de regra jurídica (norma, em sentido estrito) e de princípio jurídico. (DIAS, Ronaldo Brêtas Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela*

Canotilho assevera que os princípios são normas compatíveis com vários graus de concretização, enquanto que as regras impõem, permitem ou proíbem uma conduta, de forma imperativa, que é ou não cumprida. Assim, o critério quantitativo, associado ao grau de vagueza e generalidade da norma, relaciona-se com o maior “*grau de determinabilidade*”⁴⁴ que possuem as regras em relação aos princípios na aplicação ao caso concreto⁴⁵.

Ainda quanto à amplitude semântica dos princípios em relação as regras, na obra “*Las piezas del derecho*”, manifestam-se Manuel Atienza e Juan Manero, distinguindo-os:

A diferença estrita é que os princípios se conformam ao caso de forma aberta, enquanto as regras o fazem de maneira fechada. Com isto queremos dizer que enquanto nas regras as propriedades que conformam o caso constituem um conjunto fechado, nos princípios não se pode formular uma lista fechada das mesmas: não se trata somente de que as propriedades que constituem as condições de aplicação tenham um campo maior ou menor de vagueza, senão de que tais condições não se encontram sequer genericamente determinadas. O tipo de indeterminação atinente aos princípios é, portanto, mais radical do que o das regras (ainda que entre um e outro tipo de indeterminação pode haver casos de penumbra)⁴⁶. (Tradução livre)

função jurisdicional. In: Revista Estação Científica (Ed. Especial Direito) Juiz de Fora, V.01, n.04, outubro e novembro/2009, p. 102).

⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 1999, p. 189.

⁴⁴ Conforme consagra Canotilho, “na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta”. (CANOTILHO, 1999, p. 128).

⁴⁵ CANOTILHO, 1999, p. 189.

⁴⁶ No original: “La diferencia estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada. Con ello queremos decir que mientras que em las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas: no se trata solo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor

Os autores afirmam que os princípios estão anunciados em termos mais gerais possuem, portanto, maior liberdade explicativa, enquanto as regras possuem um maior alcance justificativo⁴⁷. Desse modo, por sua amplitude, os princípios não tem por objetivo tratar ou promover direitos sociais específicos, mas, sim, proteger esses direitos de modo geral⁴⁸.

A abstração e generalidade atribuída aos princípios, decorreria do fato de que, ao menos *prima facie*, podem ser-lhes atribuídos mais de um significado, “isso significa a possibilidade de que mais de uma norma possa ser “extraída” de um mesma disposição de princípio ou, mais precisamente, atribuída a este”⁴⁹.

A generalidade dos princípios corresponde a indeterminação dos limites do âmbito dos fatos jurídicos e respectivos efeitos jurídicos que estão previstos na disposição normativa, eles são aplicados de modo geral, por isso a dificuldade em determinar todos os casos específicos capazes de serem resolvidos por eles. Assim, o princípio, por sua generalidade, se adapta a situações concretas, isto é, às mudanças nas formas de justificação e nos resultados, mesmo no interior do mesmo ordenamento jurídico.

Consoante os ensinamentos de Canotilho, o ordenamento jurídico constitui-se em um sistema normativo aberto, formado por regras e princípios, como a forma mais equilibrada na constituição de um sistema jurídico, para que seja possível acompanhar a constante evolução social⁵⁰. Caso o ordenamento fosse composto apenas por uma sistema de regras, fechado, adstrito a casos específicos, com uma disciplina legal exaustiva de todas as situações aplicáveis, os operadores do direito ficariam impossibilitados de decidir novas situações que fossem abarcadas pelo sistema. Por outro lado, a adoção somente de princípios seria impossível, pois diante de sua indeterminação (sem a

de vaguedad, sino de que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas. El tipo de indeterminación que aqueja a los principios és, pues, más radical que el de las reglas (aunque, desde luego, entre uno y otro tipo de indeterminación puede haber casos de penumbra)”. (ATIENZA, 2005, pp. 30-31)

⁴⁷ ATINEZA; MANERO, 2005, p. 45.

⁴⁸ ATINEZA; MANERO, 2005, p. 41.

⁴⁹ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p.6.

⁵⁰ CANOTILHO, 1999, p. 188.

existência de regras precisas), o sistema mostrar-se-ia “*falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema*”⁵¹.

Diante da impossibilidade de se constituir um sistema formulado apenas com princípios *ou* regras, é que se propõe o sistema formado por regras *e* princípios⁵², possibilitando a concretização do próprio sistema jurídico, por permitir a adequação da norma aos casos concretos. Assim, conforme explanado, a teoria da distinção quantitativa deriva do entendimento de que o intérprete (aplicador da norma) teria uma margem da liberdade (discricionariedade) maior na interpretação de princípios do que de regras.

Contrário a esse entendimento, Marcelo Neves na obra “Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais”, critica a teoria quantitativa partindo do entendimento de que, apesar de ser possível observar uma tendência de maior precisão interpretativa das regras em comparação aos princípios, somente a análise comparativa de cada caso possibilita a averiguação do grau de dificuldade que decorre da imprecisão de uma disposição normativa ou da incerteza semântica na determinação da norma a aplicar⁵³.

E, para esclarecer seu entendimento, traz exemplos nos quais a abstração e generalidade de uma regra é maior que a de um princípio. Como no caso do art. 1º, inciso V, da Constituição Federal⁵⁴ que traz o conceito de “pluralismo político”, sem delimitá-lo. Segundo Neves, nesse amplo conceito “*persistirá a dificuldade em determinar quais as situações fáticas em que um partido extremista deve ser considerado uma ameaça ou um perigo ao pluralismo jurídico*”⁵⁵, sendo necessária uma interpretação fática do caso concreto para que se supere a vagueza desse termo disposto na regra.

Também há situações em que um princípio é deveras preciso e não abre possibilidade para interpretações, como é o caso art. 2º, inciso III, da Constituição Federal, que inclui entre os objetivos fundamentais da República “*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as*

⁵¹ CANOTILHO, 1999. pp. 130-131.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ NEVES, 2013.

⁵⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]V - o pluralismo político. (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

⁵⁵ NEVES, 2013, p.6.

desigualdades sociais e regionais”. Para o autor, nesse caso, “*embora haja certa variação, há critérios quantitativos relativamente precisos, elaborados por organizações internacionais e pela comunidade acadêmica, para definir situações típicas de pobreza*”, não sendo uma circunstância que envolva imprecisão semântica⁵⁶.

Os exemplos citados delineiam que, ao menos *prima facie*, as regras poderão ser marcadamente imprecisas, e os princípios precisos semanticamente. É dizer: “*tanto no plano legal quanto no plano constitucional, nós encontraremos regras que apresentam caráter de imprecisão semântica, tornando-a extremamente dependente do contexto de aplicação, e o mesmo ocorre com os princípios*”⁵⁷. Essas observações, servem para demonstrar que o critério quantitativo (tese fraca ou débil) não pode ser tomado como decisivo para a distinção entre princípios e regras constitucionais.

Na mesma toada, adverte Fábio de Oliveira que “*ainda que uma maior abstração, uma maior generalidade, uma maior fundamentalidade e uma maior proximidade da ideia de Direito são características comuns dos princípios em relação as regras, não são características sempre obrigatórias*”⁵⁸. Existem, apesar de não serem usuais, regras que são mais abstratas e genéricas do que certos princípios. Por esta razão, o critério gradualista ou quantitativo é considerado débil⁵⁹.

Por fim, importa salientar que essa “abertura semântica” na relação entre legislação e jurisdição ou, conforme aduz Neves “*entre normatização e concretização normativa*”, não é ilimitada. Ao fazer referência ao legislador (não no sentido subjetivo, pessoal, mas, sim, institucional), o intérprete-aplicador atribui-lhe uma dação de sentido para o respectivo texto normativo⁶⁰. Isso não significa que essa atribuição importe que este substitua aquele como produtor da respectiva norma.

A construção hermenêutica realizada pelo aplicador da norma parte da sua produção institucional, a partir do texto elaborado pelo legislador, sendo controlada socialmente e, portanto, criticável como incorreta ou inadequada às condições do presente⁶¹. Essas observações

⁵⁶ NEVES, 2013, p.18.

⁵⁷ NEVES, 2013, p. 15.

⁵⁸ OLIVEIRA, 2007, p. 45.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ NEVES, 2013, p. 6.

⁶¹ NEVES, 2013, p.11.

servem-nos para esclarecer que o problema na distinção entre princípios e regras situa-se no plano da argumentação que se desenvolve no processo de concretização, ou seja a determinação das normas a serem aplicadas em um caso específico.

1.3. A TEORIA QUALITATIVA – INTRODUÇÃO AOS APORTES DE RONALD DWORKIN E ROBERT ALEXY

A distinção qualitativa entre regra e princípio é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista no qual as normas limitavam-se às regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável de valores jurídicos suprapositivos, nela as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central.

A teoria forte de distinção entre regras e princípios identifica suas diferenças sob os aspectos lógico e qualitativo, individualiza os princípios como normas jurídicas que se diferenciam das regras em razão de sua composição estrutural e relacionam esse aspecto estrutural com um enfoque funcional. As regras possuem certas características não observadas nos princípios e estes também estão singularizados por determinadas peculiaridades que não podem ser encontradas nas regras. Estabelece-se, portanto, uma rígida separação entre eles, sem que se possa conceber a existência de normas com características comuns a regras e princípios⁶².

O reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo, na qual a aplicação da letra pura da lei tornou-se insuficiente para a prática jurídica. A positivação dos princípios e a sua utilização como fundamentos decisórios, fez com que eles fossem distinguidos estruturalmente das regras, para impedir que regras e princípios fossem confundidos no ato de interpretação e aplicação das normas jurídicas. Assim, na teoria qualitativa, princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios⁶³. Na teoria forte, a diferenciação entre regras e princípios seria anterior ao processo interpretativo.

⁶² VALE, 2009, p. 99.

⁶³ BARROSO, 2005, p. 13.

Os principais representantes dessa corrente são Ronald Dworkin e Robert Alexy, ambos apontam aspectos estruturais que diferenciam os princípios das regras e direcionam a interpretação dessas duas categorias normativas de forma lógica. Em suma, para eles: as normas ou são regras ou são princípios. Não há espaço para categorias intermediárias⁶⁴.

1.4. RONALD DWORKIN E SUA CRÍTICA AO POSITIVISMO

Ronald Dworkin inicia suas reflexões sobre a principiologia jurídica partindo de uma crítica às concepções positivistas de Hebert Hart. O positivismo, segundo Dworkin, seria insuficiente para tratar dos direitos e obrigações jurídicas nos casos difíceis (*hard cases*), pois, nessas situações, diante do não encobrimento de uma regra em um caso específico, o juiz faria as vezes de legislador por meio de seu poder discricionário⁶⁵.

Em primeiro lugar, mister se faz identificar e diferenciar os casos fáceis (*easy cases*) e os difíceis (*hard cases*)⁶⁶. Segundo Cademartori e Duarte,

⁶⁴ VALE, 2009, p. 99.

⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 100.

⁶⁶ Fábio de Oliveira discorda distinção caso fácil, caso difícil para explicar a aplicação de regras ou princípios, pois a definição de se um caso é fácil ou difícil irá depender da interpretação, realizada no caso concreto. Segundo o autor: “Outra tipologia muito famosa é a que divide as hipóteses em *easy cases* e *hard cases*. Faz-se frequentemente a seguinte associação: caso fácil – regra; caso difícil – princípio. Esta agregação não merece prosperar. [...] não é correto certificar que a interpretação/aplicação dos princípios se situa, invariavelmente, no âmbito de casos difíceis, quando, então, um viés teórico vai afirmar que a ponderação é a técnica apta a resolver *hard cases*. Ora bem: o texto legal, inclusive quando dele se (re)constrói princípio, obtém concretude perante cada hipótese, em decorrência dos casos subsequentes, que se avolumam e podem terminar por formar uma tradição, cuja qual implica em um dever de coerência (precedentes). Em outras palavras: os conceitos jurídicos indeterminados alcançam determinação diante de hipóteses particulares, motivo pelo qual melhor são chamados de conceitos determináveis. Tudo afiançado na partilha mínima de sentido que a linguagem embala. Interpretar/aplicar um princípio pode ser menos intrincado ou mais singelo do que interpretar/aplicar uma regra. Depende, a um só tempo, da regra, do princípio e da contingência fática, ambos em conjugação. Vê-se nitidamente a confluência fato-norma quando se percebe que a facticidade aglutina fator para a configuração normativa do texto, daí o

Hart partia da constatação segundo a qual toda a expressão linguística apresenta, de um lado, um núcleo, e por outro, uma zona de penumbra ou incerteza e, pelo que já se observou, esta constatação teve desdobramentos nas chamadas teorias dos conceitos jurídicos indeterminados. No âmbito do núcleo linguístico estão os chamados casos fáceis, pois nesses as expressões gerais que integram a redação de uma dada norma jurídica, objeto de interpretação e aplicação para solucionar determinado caso, são claramente inteligíveis e aplicáveis (se temos algo qualificável como uma veículo, afirmava Hart, um automóvel o é certamente). Em tais casos, basta o recurso ao silogismo para conectar o caso concreto à norma. Nas zonas de incertezas estariam localizados os casos de difícil interpretação, nos quais não está claro se deve ser aplicado ou não a expressão geral apresentada pela regra (segundo o exemplo de Hart: a expressão “veículo” aqui utilizada, inclui bicicletas e patins?)⁶⁷.

Os *hard cases* ocorrem no mundo jurídico quando há no caso concreto uma lacuna ou obscuridade na aplicação da lei inexistindo um raciocínio lógico-dedutivo simples a partir de uma regra jurídica existente para a solução da controvérsia. Nesses casos, a linguagem normativa deixa em aberto um poder discricionário amplo ao intérprete

contexto. Reitere-se: o texto não manifesta abstratamente uma norma, alheios ao seu ambiente, à vida, em uma cisão entre questão de direito e questão de fato, mesmo porque tanto o legislador quanto o intérprete/aplicador – e, neste diapasão, não é viável fazer hiato entre interpretar e aplicar – estão embebidos da historicidade, do ser aí, do ser no mundo. Qualificar um caso como fácil ou difícil é um caso fácil ou um caso difícil? A classificação é produto da (re)construção de sentido, é existencial. Não está posta de antemão, de maneira apriorística, e também não será afirmada por métodos. Supor que existe uma suficiência ôntica dos casos fáceis e difíceis, em uma entificação deles, é trabalhar no plano metafísico, em que incorre a separação entre sujeito e objeto”. (OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza. *Voltando à problemática da tipologia regras e princípios: primeiro ensaio*. Revista Juris Poiesis, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Estácio de Sá, nº 13, 2010, pp. 10-11).

⁶⁷ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. *Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 100.

e aplicador do direito, que “*resulta em uma escolha dotada de um grau maior de liberdade, que o julgador passa a ter para proferir a sua decisão, porém, ressalta Hart, que esta escolha é preferível ao formalismo sustentado por alguns juristas*”⁶⁸. Por sua vez, nos casos fáceis, percebe-se facilmente a norma aplicada ao caso concreto, sem divergências hermenêuticas, bastando a aplicação lógico-formal da norma para a solução do caso.

Quanto à solução dos casos difíceis, relacionados a questões complexas determinadas pela imprecisão semântica, divergem Hart e Dworkin.

Na concepção de Herbert Hart, os casos difíceis devem ser decididos exclusivamente pelo magistrado através do uso razoável de sua discricionariedade, tendo total poder de decidir o caso a uma das partes, independente da moral e dos princípios que sustentam a comunidade ao qual o caso integra. Logo, poderá haver julgamentos diversos sobre casos semelhantes, justamente devido ao uso da discricionariedade de cada julgador específico⁶⁹.

Em sua teoria, as proposições jurídicas obtidas através da discricionariedade do magistrado são tidas como verdadeiras não somente em virtude da autoridade a eles intrínseca mas, fundamentalmente, em virtude de convenções sociais que representam a aceitação, pela comunidade, de um sistema de regras que outorga a tais indivíduos ou grupos o poder de criar leis válidas⁷⁰.

A decisão dos casos difíceis passa a exigir uma interpretação razoável por parte de um juiz ou tribunal, que se valerá do seu poder discricionário para escolher a interpretação que considera mais apropriada ao caso concreto. Segundo Cademartori e Duarte, quando o juiz decide os casos difíceis utilizando elementos da moral ou da política, não está aplicando, mas, sim, criando um direito novo, aplicando-o retroativamente⁷¹.

Na mesma senda, firma Fábio de Oliveira que, nos casos difíceis, não encontrando resposta no ordenamento jurídico para conformar o ato decisório, o juiz estaria autorizado “*a resolver o caso adotando parâmetros alheios ao legal system: o Direito é estranho, nada tem a*

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 309

⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.42.

⁷¹ CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 101.

dizer ao julgado". Na teoria de Hart, na falta de um preceito jurídico, "o juiz, desvinculado, se faz em legislador e, mais grave, em legislador retroativo"⁷², decidindo conforme seu discernimento individual, sua livre convicção.

Daí a principal⁷³ crítica de Dworkin que parte do princípio de que Hart, por não estabelecer os parâmetros aos quais os juízes estariam vinculados para decidirem casos difíceis, deu a eles um grau muito amplo de discricionariedade, transformando-os em verdadeiros legisladores. Segundo o autor,

o positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o "poder discricionário" para decidir o caso de uma maneira ou de outra⁷⁴.

Assim, Dworkin sustenta o caráter normativo dos princípios como ingrediente contra a discricionariedade judicial. Sua intenção é a de apresentar uma teoria que restrinja a esfera de liberdade de avaliação do aplicador da norma, afirmando que inexistindo regra a disciplinar o caso há, invariavelmente, princípio e, calha ressaltar mais uma vez, princípio é norma daí porque vincula, conforma, obriga. Portanto, sustenta a normatividade dos princípios com um objetivo específico: *"combater a discricionariedade, como traço de identidade do positivismo"*⁷⁵.

⁷² OLIVEIRA, 2010, p. 4.

⁷³ Segundo afirma André Rufino do Vale, "Dworkin também criticava a teoria de Hart por entender que não compreendia "o processo de argumentação desenvolvido nos chamados "casos difíceis" (hard cases), onde operam normalmente outros tipos de padrões jurídicos distintos das regras propriamente ditas, como os princípios e as diretrizes políticas (principles and policies). Os princípios não poderiam ser reconhecidos por meio de um critério formal (test of pedigree), como a regra de reconhecimento de Hart, de modo que o modelo de regras positivista deveria ser substituído por um modelo compreensivo de princípios e outros padrões jurídicos. Dworkin então estabelece uma distinção entre regras e princípios de natureza qualitativa ou lógica (logical distinction), com base na orientação diferenciada que cada tipo de norma fornece para as decisões jurídicas". (VALE, 2009, pp. 77-78.)

⁷⁴ DWORKIN, 2002, p. 127.

⁷⁵ OLIVEIRA, 2010, p. 4.

A teoria de Hart para a solução dos casos difíceis seria inconcebível, pois, ao invés de aplicar a norma, “*ele (o juiz) legisla novos direitos jurídicos (new legal rights), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão*”⁷⁶. Nessas situações o juiz por não encontrar solução no regramento jurídico existente, criaria nova regra para aplicar ao caso. Infere-se, portanto, que segundo a ideia positivista de Hart, o juiz ao exercer sua discricionariedade desobriga-se do direito. Em resumo: “*os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes*”⁷⁷.

Dworkin discorda veementemente da posição de Hart por entender não ser possível se falar em um espaço de discricionariedade no qual o magistrado seja livre para criar uma norma e aplicá-la retroativamente ao caso concreto, pois admitindo-se situação desse calibre os direitos individuais ficariam à mercê dos juízes.

E, a fim de possibilitar a concretização desses direitos, propõe que a decisão em um caso difícil seja construída racionalmente, através de uma interpretação construtiva do caso concreto a partir de princípios, regras e políticas, que levaria a uma “*única resposta correta*”^{78,79}.

Dentre os meios para se chegar a essa resposta estaria a “tese da demonstrabilidade”:

Essa tese afirma que, se não se pode demonstrar que uma proposição é verdadeira, depois que todos os fatos concretos que possam ser relevantes para sua veracidade sejam conhecidos ou

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ DWORKIN, 2002, p. 55.

⁷⁸ Acerca da tese da única resposta correta desenvolvida por Ronald Dworkin, Lenio Luiz Streck afirma que “a superação do positivismo implica a incompatibilidade da hermenêutica com a tese das múltiplas ou variadas respostas. Afinal, a possibilidade da existência de uma resposta coloca essa ‘escolha’ no âmbito da discricionariedade judicial, o que antitético ao Estado Democrático de Direito. Ou seja, a partir da hermenêutica filosófica e de uma crítica hermenêutica do direito, é perfeitamente possível alcançar uma resposta constitucionalmente adequada – espécie de resposta hermeneuticamente correta – a partir do exame de cada caso. Com efeito, entendo ser possível encontrar uma resposta constitucionalmente adequada para cada problema jurídico (...)” (STRECK, Lenio. *Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?* Revista NEJ – Eletrônica, vol. 15, n. 1, jan./abril 2010a, pág. 165. Disponível em www.Univali.br/periódicos. Acesso em 11.01.2015).

⁷⁹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 275-279.

estipulados, então ela não pode ser verdadeira. Com ‘fatos concretos’ quero designar fatos físicos e fatos relativos ao comportamento (incluindo os pensamentos e atitudes) das pessoas. Com ‘demonstrar’ quero dizer fundamentar com argumentos de tal tipo que qualquer pessoa que compreenda a linguagem em que foi formulada a proposição deva assentir à sua veracidade ou ser condenada por irracionalidade⁸⁰.

Assim, conforme a teoria da única resposta correta, o direito não se reduz a um conjunto de regras convencionalmente estabelecidas no passado que serão reproduzidas no presente pelo aplicador da norma, tal qual apregoado pela corrente positivista. O juiz, como intérprete, deve demonstrar as proposições fundantes de sua decisão, realizando uma reconstrução da lei para além de sua letra pura.

Dworkin defende que “*o direito é um conceito interpretativo*”⁸¹ e, por consequência, o raciocínio jurídico é um ação construtiva, de que o Direito constitui a melhor justificação do conjunto das práticas jurídicas, e para essa interpretação jurídica chama de “direito como integridade”. Em Dworkin, o direito como integridade,

fornece tanto uma melhor adequação quanto uma melhor justificativa de nossa prática jurídica como um todo. Defendo as exigências da justificativa identificando e estudando a integridade como uma qualidade claramente perceptível da política comum, diversa das virtudes da justiça e da equidade e, às vezes, entrando em conflito com ela. Devemos aceitar a integridade como uma virtude da política comum, pois devemos tentar conceber nossa comunidade política como uma associação de princípios; devemos almejar isso porque, entre outras razões, essa concepção de comunidade oferece uma base atraente para exigências de legitimação política em uma comunidade de pessoas livres e independentes que divergem sobre moral política e sabedoria⁸².

Para ele, somente as decisões oriundas de interpretações de casos concretos orientadas pelo princípio da integridade inclusiva seriam as

⁸⁰ DWORKIN, 2001, p. 204.

⁸¹ DWORKIN, 2007, p. 60.

⁸² DWORKIN, 2007, p. 490.

decisões realmente jurídicas. A jurisdição não se trata de uma forma unívoca, cada decisão tomada pelo aplicador da norma impacta toda a sociedade, sendo necessário que se reconheça a força superior da integridade na prestação jurisdicional, tornando-a soberana nos julgamentos de direito. O julgamento que toma como base o direito como integridade seria estruturado por diferentes dimensões de interpretação e diferentes aspectos destas. Assim, *“o julgamento interpretativo deve observar e considerar essas dimensões; se não o fizer, é incompetente ou de má-fé, simples política disfarçada”*⁸³.

Nessa toada, somente os julgamentos que vislumbassem o direito como integridade seriam capazes de chegar a uma única resposta correta. Dito isso, infere-se que a tese da única resposta correta pressupõe uma ruptura com o paradigma positivista, transmutando a postura do magistrado de intérprete discricionário ou de aplicador da “teoria mecânica do direito”⁸⁴ em uma postura interpretativa,

⁸³ DWORKIN, 2007, p. 489.

⁸⁴ Discorrendo sobre a aplicação mecânica do direito, ensina Ronald Dworkin que: “Sem dúvida, os nominalistas pensam que sabem como nos outros utilizamos esses conceitos. Eles pensam que quando falamos “o direito”, queremos dizer um conjunto de regras atemporais, estocadas em algum depósito conceitual à espera de que os juizes as descubram e que, quando falamos sobre obrigações jurídicas, estamos nos referindo às cadeias invisíveis e que, de algum modo, essas misteriosas regras tecem à nossa volta. A teoria de que existem tais regras e cadeia é por eles chamada de “teoria mecânica do direito” e estão certos ao ridicularizar os adeptos dessa teoria. Contudo enfrentam a dificuldade de encontrar tais adeptos para ridicularizar. (DWORKIN, 2007, pp. 25-26). E, na obra “Uma questão de princípio”, afirma que quando o magistrado passa a interpretar de maneira responsável o holística “a instituição da cortesia deixa de ser mecânica; não é mais a deferência espontânea a uma ordem única. As pessoas agora tentam impor um significado à instituição- vê-la em sua melhor luz - e, em seguida, reestruturá-la à luz desse significado (DWORKIN, 2001, p. 58). E, ainda, entende que “a resposta é bastante simples; nenhuma dessa duas descrições incipientes - de total liberdade criativa ou coerção mecânica do texto” seriam aplicáveis na interpretação do direito (DWORKIN, 2001, p. 281).

A doutrina constitucional brasileira também já se manifestou acerca da teoria mecânica de aplicação da norma, nesse sentido, Paulo Bonavides: “Não vamos tão longe aqui a ponto de postular uma técnica interpretativa especial para as leis constitucionais, nem preconizar os meios e regras de interpretação que não sejam aquelas válidas para todos os ramos do Direito, cuja unidade básica não podemos ignorar nem perder de vista (douta forma não se justificaria o longo exórdio que consagramos à teoria da interpretação e seus distintos métodos),

construtiva e crítica por meio de uma visão holística, vislumbrando o direito como integridade. Assim, não seria uma resposta proveniente de um dado objetivo, mas, sim, construída argumentativamente, com base em argumentos de princípios, regras e políticas, alcançada por meio de um exercício reflexivo-interpretativo do magistrado.

Assevera Dworkin que quando os juristas discutem os chamados casos difíceis, enxergando o direito como integridade, utilizam-se de normas que não operam como regras, mas sim, de forma diferente, como princípios ou, em outros casos, como diretrizes políticas. Dworkin, em geral, utiliza-se do termo princípio para *“indicar todo o conjunto de padrões que não são regras”*⁸⁵, e, por vezes, faz uma distinção entre princípios e políticas:

Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio. A distinção pode ruir se interpretarmos um princípio como a expressão de um objetivo social (isto é, o objetivo de uma sociedade na qual nenhum homem beneficia-se de

mas nem por isso devemos admitir se possa dar à norma constitucional, salvo violentando-lhe o sentido e a natureza, uma interpretação de todo mecânica e silogística, indiferente à plasticidade que lhe é inerente, e a única aliás a permitir acomodá-la a fins, cujo teor axiológico assenta nos princípios com que a ideologia tutela o próprio ordenamento jurídico.” (BONAVIDES, 2004, p. 420)

⁸⁵ DWORKIN, 2002, p. 36.

seu próprio delito) ou interpretarmos uma política como expressando um princípio⁸⁶.

Infere-se que Dworkin diferencia os princípios das políticas, considerando essas meros objetivos gerais de uma comunidade, enquanto os princípios teriam uma importância maior, deveriam ser seguidos não por representarem um objetivo, mas por serem uma exigência de justiça. No que concerne a sua diferença em relação as regras, leciona que:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...] Mas não é assim que funcionam os princípios apresentados como exemplos nas citações. Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas. [...] Ao contrário, enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita de uma decisão particular⁸⁷.

Enquanto as regras são aplicadas de forma disjuntiva (tudo-ou-nada), a partir da aferição de sua validade, os princípios incidem de forma diferente, porque não estabelecem consequências jurídicas que devem ocorrer automaticamente quando determinadas condições se apresentem. Por essa razão, quanto aos princípios, não há como prever todas as possíveis formas de aplicação que podem ensejar, pois estes enunciam razões que indicam determinada direção, sem exigir uma decisão particular.

Além disso, a regra pode ter exceções, mas se tiver, será impreciso e incompleto simplesmente enunciar a regra, sem enumerar as exceções. Pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ DWORKIN, 2002, p. 39-41.

e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra. Já os princípios “*não são, mesmo em teoria, susceptíveis de enumeração*”⁸⁸. Pode haver outros princípios que argumentem em outra direção⁸⁹.

Para Dworkin, o positivismo jurídico, ao conceber o direito exclusivamente como um modelo de regras, ignora uma importante dimensão do fenômeno jurídico, que consiste no papel relevante que os princípios desempenham no sistema normativo, e, especialmente, na solução dos casos difíceis (*hard cases*). Os princípios, portanto, são diferentes das regras do ponto de vista estrutural e lógico, representando um ponto de aproximação entre o direito e a moral.

Na concepção do autor, um princípio é um “*padrão que deve ser observado, não porque favoreça ou assegure uma situação econômica política ou social considerada desejável*”⁹⁰, mas por tratar-se de uma exigência moral. Assim, a presença dos princípios no direito impede que o fenômeno jurídico seja identificado a partir de processos meramente formais e alheios a considerações morais substantivas, como pretende a teoria positivista que pressupõe a separação estanque entre o direito e a moral.

Dessa diferença entre as regras e princípios decorre uma outra: os princípios possuem uma dimensão de peso ou de importância, que não está presente nas regras. Essa característica se torna visível nos casos de conflito, hipótese na qual dois princípios opostos, incidindo no caso concreto, colidem, nessa situação a solução do conflito tem que ser encontrada levando-se em conta o peso relativo de cada um deles.

Por outro lado, nas regras, por não possuírem a dimensão de peso, na solução de um conflito aparente, uma não pode ceder espaço à outra, o afastamento de uma das regras só pode ocorrer a partir da aplicação do critério hierárquico, cronológico ou da especialidade. É possível, também, a prevalência de determinada regra em razão de estar amparada por um princípio mais importante.

O que releva notar quanto ao modelo de Dworkin é que o que determina a aplicabilidade das regras é o critério de validade, enquanto que o que determina a incidência de um princípio são aspectos materiais ou substantivos, identificados a partir de processos de valoração (dimensão de peso) que não envolvem procedimentos puramente formais, mas demandam considerações de natureza moral.

Para clarificar suas afirmações, dentre outros exemplos, Dworkin

⁸⁸ DWORKIN, 2002, p. 41.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ DWORKIN, 2002, p. 36.

analisa a decisão proferida no caso *Henningsen contra Bloonfield Motors, Inc.*, ocorrido em 1969 e decidido pelo tribunal de Nova Jérsei, em que a questão consistiria em decidir se um fabricante de automóveis poderia limitar sua responsabilidade no caso de um veículo apresentar defeitos:

nos extratos da decisão *Henningsen*: “o fabricante tem uma obrigação especial no que diz respeito à fabricação, promoção e venda de carros”. Essa formulação não pretende definir os deveres específicos que essa obrigação específica acarreta, nem nos informa que direitos os compradores de automóveis adquirem em consequência dela. Simplesmente afirma – e este é um elo importante no caso *Henningsen* – que os fabricantes de carros devem observar padrões mais elevados do que os de outros fabricantes e estão menos autorizados a basear-se no princípio competitivo da liberdade de contrato. Isto não significa que nunca possam apoiar-se nesse princípio ou que os tribunais tenham o poder de reescrever à vontade os contratos de compra e venda de automóveis; significa apenas que, se uma cláusula específica parecer injusta ou onerosa, os tribunais têm menos razões para fazê-la cumprir do que se a cláusula dissesse respeito à compra de gravatas⁹¹.

Observa-se que nesse excerto da decisão trazido por Dworkin, o padrão utilizado pelo tribunal na decisão do caso não foi uma regra, mas um princípio, “*um padrão que deve ser observado, [...] porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade*”⁹². Conforme Asseveram Cademartori e Duarte, para Dworkin, os princípios tratam-se de proposições que descrevem direitos e irão interagir com o direito na medida em que o julgador se deparar com um caso difícil (*hard case*), no qual as normas sejam insuficientes para a solução do caso⁹³. Nesta toada:

ao contrário das regras que jogam um papel do “tudo-ou-nada” (*and all or nothing*), os princípios apresentam razões não condicionais do tipo se [...], então [...], comuns nas regras para

⁹¹ DWORKIN, 2002, p. 42.

⁹² DWORKIN, 2002, p. 36.

⁹³ CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 128

determinadas condutas, podendo ser determinantes para o processo de decisão judicial quando sua força argumentativa for maior para o caso. Portanto, segundo Dworkin, não haverá a necessidade de regras preestabelecidas semanticamente sobre como devem estruturar-se os conflitos entre regras ou entre princípios⁹⁴.

Assim, segundo a teoria de Dworkin seria impossível a previsão de todas as consequências jurídicas decorrentes da aplicação de um princípio, pois eles não são aplicados para soluções específicas, alheios à considerações de ordem moral, mas indicam uma direção para a solução de um caso concreto.

Em *Henningsen contra Bloonfield Motors, Inc.*, muito embora a decisão versasse sobre o princípio de tratamento justo ao consumidor, percebe-se que outro princípio estava sendo discutido, o da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), todavia, a decisão do tribunal escolheu a aplicação do primeiro princípio em detrimento do segundo. Necessário perceber que tal situação não pressupõe dizer que o segundo princípio passa a ser inválido na esfera legal, mas apenas que o primeiro princípio possui, neste caso específico, mais peso. Se com regras fosse, não haveria tal discussão, pois as regras contém o caráter de tudo-ou-nada, ou se aplicam e são válidas, ou não se aplicam e não são válidas na esfera legal, elas não têm o caráter de relativização que dos princípios⁹⁵.

No caso dos princípios a aplicação à maneira “tudo-ou-nada” não poderia prevalecer, pois eles conduzem a uma determinada direção, não necessariamente uma condição particular. Por essa razão, diferentemente das regras, não comportam exceções suscetíveis de enumeração, tampouco estabelecem uma relação condicional automática “se-então”.

Nesse sentido, um princípio pode prevalecer a outro na solução do caso concreto, mas isso não significa que esse princípio deixe de existir no ordenamento jurídico, ou seja inconstitucional, pois em outro caso, quando essas considerações estiverem ausentes ou tiverem menor força, esse outro princípio poderá ser decisivo. O princípio, se for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas como

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ BELTRAMI, Fábio. *Princípios como solução dos hard cases*. Teoria Dworkiniana. Mar/2015. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br>. 2014. Acesso em: 20.11.2014.

uma razão que inclina numa ou noutra direção⁹⁶. Portanto, os princípios jurídicos, diferentemente, das regras, devem ser sopesados, não podem ser aplicados através do método lógico-formal, por não disciplinarem diretamente um caso concreto.

Para Dworkin, reduzir o fenômeno normativo a regras geraria prejuízos no que diz respeito à argumentação, debate e balanceamento de razões na prática jurídica, pois os princípios permitem uma maior aproximação entre o direito e os valores sociais. Os princípios podem se chocar e havendo conflito entre eles, é na dimensão de tais princípios que o magistrado deve se ater, como, por exemplo, a importância e o peso do princípio na comunidade bem como seu reflexo da decisão.

Já nas regras não há tal problema, podem até existir regras conflitantes, mas como possuem valor de tudo-ou-nada, uma das regras deve ser considerada inválida, *“se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo a considerações que estão além da própria regra”*⁹⁷.

No entanto, quando ocorre uma colisão entre princípios aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um, *“essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é”*⁹⁸.

Quanto ao método de aplicação das regras à maneira tudo-ou-nada desenvolvido pela teoria de Dworkin, discorda Humberto Ávila sob o fundamento de que o modo de aplicação tanto das regras quanto dos princípios somente passa a ter sentido depois que a subsunção final dos fatos já estiverem superadas. Entende que apesar das regras serem, na maior parte das vezes, mais determináveis do que os princípios, elas também são vagas, pois essa característica seria *“um elemento comum de qualquer enunciado prescritivo, seja ele um princípio, seja ele uma regra”*⁹⁹.

Assim a única diferença que seria latente entre essas duas espécies normativas, seria o seu grau de aplicação. Veja-se:

⁹⁶ DWORKIN, 2007 a, p. 41-42.

⁹⁷ DWORKIN, 2007 a, p. 43.

⁹⁸ DWORKIN, 2002, p. 38.

⁹⁹ ÁVILA, Humberto. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n°. 4, julho, 2001, p. 14. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 09.11. 2014.

A única diferença permanece sendo de grau. Isso, entretanto, importa dizer que a característica específica das regras (implementação de consequência pré-determinada) só pode surgir após a sua interpretação. Só aí é que podem ser compreendidas quais as consequências que, no caso de sua aplicação diante de um caso concreto, serão supostamente implementadas. Vale dizer: a distinção entre princípios e regras não pode ser baseada no suposto método “tudo ou nada” de aplicação das regras, pois também elas precisam, para que sejam implementadas as suas consequências, de um processo prévio — e por vezes longo e complexo como o dos princípios — de interpretação que demonstre quais as consequências que serão implementadas. E, ainda assim, só a aplicação diante do caso concreto é que irá corroborar as hipóteses anteriormente havidas como automáticas¹⁰⁰.

Desse modo, somente no ato de aplicação que seria possível diferenciar uma regra de um princípio, sendo que antes desse exercício interpretativo, a única diferença constatável entre elas seria seu grau de abstração anterior à interpretação. Sendo que no caso dos princípios, por não se vincularem abstratamente a uma situação específica, seu grau de abstração é maior relativamente quanto a norma de comportamento a ser determinada, enquanto no caso das regras, as consequências são mais facilmente verificáveis, pois já regulamentam hipóteses determinadas, ainda que devam ser corroboradas por meio do ato de aplicação.

No entanto essa distinção de grau, conforme Ávila, perderia em parte sua importância, quando se constata a aplicação de uma regra depende da conjunta interpretação dos princípios que a elas digam respeito e, de outro, que os princípios normalmente requerem a complementação de regras para serem aplicados. Assim, o ato de interpretação que determinará a espécie de norma da qual o aplicador está diante, podendo transformar uma mesma disposição em princípio ou em regra¹⁰¹.

Ainda, no que diz com a solução dos litígios, segundo Dworkin seria possível que mais de uma norma principiológica seja relevante para a solução, apontando em sentidos diversos. Configurada esta

¹⁰⁰ ÀVILA, 2001, p. 14.

¹⁰¹ ÀVILA, 2001, pp. 15-16.

hipótese, o julgador deverá avaliar quais são os princípios jurídicos preponderantes e operar uma atividade de sopesamento, estabelecendo uma relação de prioridade concreta, em face da especificidade de uma dada situação jurídica. Sendo assim, a colisão principiológica se resolve através de um processo hermenêutico, em que os diversos princípios jurídicos relevantes ao caso concreto são apreciados em face dos fatos e valores incidentes na moralidade comunitária. Desse modo, a argumentação de Dworkin determina que as decisões judiciais, especialmente nos casos controversos, devem ser gerados por princípios, aliados à moralidade comunitária.

Nessa toada, os princípios, possuem grande força nas questões judiciais nas quais são invocados para justificar a aplicação de determinada regra ao caso particular. Note-se que com a noção de moralidade comunitária a integridade das relações sociais passam a ser compreendidas em um nível intersubjetivo, sendo constituídas por princípios inscritos historicamente que constituem a comunidade como um agente moral autônomo. Em análise a esse conceito desenvolvido por Dworkin, afirma Marcelo Neves que:

Os princípios jurídicos assentam-se na “moralidade comunitária”, entendida como “a moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem”, e a origem deles, embora não resida na “decisão particular de um poder legislativo ou tribunal” nem em uma regra de reconhecimento, encontra-se “na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo”. Ou seja, em Dworkin, os princípios jurídicos apoiam-se na moralidade de uma determinada comunidade política e surgem e transformam-se no processo histórico. Além do mais, muito embora Dworkin afirme que, enquanto servem para definir os direitos das pessoas, “todos os princípios de moralidade política vigentes na comunidade em questão são princípios jurídicos”¹⁰².

¹⁰² NEVES, 2013, pp. 54-55.

A moralidade comunitária ¹⁰³, portanto, não se sujeita ao moralismo privado, pois é independente e atende a padrões e exigências próprias. Portanto, pode-se dizer que no modelo de Dworkin os princípios jurídicos têm origem em práticas moralmente assentadas pela comunidade que, contudo, devem passar por um tipo de teste de consistência ou coerência constitucional, para que não se dissipem no meio de conflitos existentes nessa comunidade.

A partir do momento em que os princípios são admitidos como padrões que integram o discurso jurídico e validados por uma moralidade social, as premissas positivistas perdem força. A decisão do juiz deixa de ser embasada na sua discricionariedade pessoal para fundamentar-se nos princípios da comunidade na qual o caso difícil está sendo discutido. Desta forma, para decidir o magistrado não pode incorrer na criação de novo direito, pois isso não seria admitido pela moral da comunidade, assim não existiria hipótese de aplicação retroativa da norma, recém-criada no ato do julgamento, ao caso concreto. Ao decidir com base nos princípios aceitos pela moralidade comunitária, o magistrado não inova na norma, pois os princípios já são parte do sistema jurídico utilizado na solução do caso ¹⁰⁴.

Analizando a tese de Dworkin conclui Neves que,

No processo de concretização da Constituição, os princípios, de um lado têm a maior capacidade de estruturar a complexidade desestruturada do ambiente do sistema jurídico, no qual uma diversidade enorme de expectativas normativas pretende afirmar-se na esfera pública como constitucionalmente amparadas. Mas, de outro lado, eles enriquecem os potenciais e alternativas da cadeia argumentativa do ponto de vista interno do direito. O direito se flexibiliza mediante princípios constitucionais para possibilitar uma

¹⁰³ No entanto, Neves, em fundamentada crítica à tese de Dworkin, afirma que a noção de “moralidade comunitária” é problemática, “pois o conceito de comunidade implica a partilha de valores ou representações morais comuns, sendo antes adequado às formações sociais pré-modernas”. Segundo ele, na complexidade da sociedade atual, os pontos divergentes tendem a se multiplicar, “sendo inusitado que se possa falar de um ideal regulativo capaz de descontinuar o consenso subjacente na moralidade comunitária”. (NEVES, 2013, pp. 59-60).

¹⁰⁴ BELTRAMI, 2014.

maior adequação do argumentar jurídico à complexidade da sociedade¹⁰⁵.

É dizer: mesmo quando nenhuma regra regula o caso, o juiz continua tendo o dever de descobrir quais são os direitos das partes, sendo incabível a invenção de nova lei. Os aplicadores do direito podem divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos, mas têm de enfrentá-los demonstrando sua veracidade, para tanto faz-se necessário admitir os princípios como padrões integrantes do discurso jurídico, tratados com a mesma obrigatoriedade das regras e considerados por juízes e juristas quando estes deliberam sobre obrigações jurídicas complexas. *“Essa objeção pressupõe uma tese polêmica de filosofia geral: nenhuma proposição pode ser verdadeira a não ser que possa ter sua veracidade demonstrada”*¹⁰⁶.

Segundo afirma Fábio de Oliveira, os princípios, em Dworkin, admitem uma discricionariedade mitigada, ou seja:

compreendida como a pertinente aos juízos de empate, isto é, quando, após todos os exames apropriados, após a leitura moral da Constituição, depois de assimilado o Direito como integridade, ainda não é possível determinar qual a solução acertada (a melhor e, por isto, a exclusiva). E o autor põe em dúvida a existência destas hipóteses, as quais, se é que se confirmam, são extremamente raras, exóticas. Nesta esteira, a tese da única resposta certa¹⁰⁷.

Juízes, portanto, devem assumir que suas decisões trazem em si uma carga de responsabilidade política, devendo estar fundamentadas em uma coerência de princípios¹⁰⁸. Um argumento de princípio pode

¹⁰⁵ NEVES, 2013, pp. 57-58.

¹⁰⁶ DWORKIN, 2002, p. 128.

¹⁰⁷ OLIVEIRA, 2010, p. 6.

¹⁰⁸ Afirma Dworkin, que a decisão do magistrado deverá ser coerente e estruturada, respeitando a moralidade comunitária do local em que será proferida: “O Direito segue a mesma lógica tanto na atividade legislativa quanto nos processos judiciais de aplicação, o que se chama de Direito nada mais é do que um produto coletivo de uma determinada sociedade em permanente (re)construção. Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como

oferecer uma justificação para uma decisão particular, somente se for possível mostrar que o princípio citado é compatível com decisões anteriores que não foram refeitas, e com decisões que a instituição está preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas. Dworkin parte da teoria de que a interpretação do magistrado deve ser um processo de construção, uma evolução que decorre da própria mudança social e não a partir de um posicionamento ideológico próprio.

Assim, sua teoria dos princípios tem por finalidade identificar se esses princípios jurídicos estão validados dentro da moralidade comunitária, sendo imprescindível também que eles sejam demonstrados e fundamentados. O autor é defensor de uma interpretação construtiva realizada através de uma teoria hermenêutica crítica, acrescentando que somente obedecidas essas circunstâncias será possível encontrar uma única resposta correta aos casos difíceis.

Conclui-se, portanto, que a atividade jurisdicional deve vir ancorada em preceitos da integridade, com fulcro em critérios de equidade e justiça, de modo a realizar os objetivos de coerência moral no ordenamento, o qual refletirá em virtudes na comunidade envolvida. Por fim, na parte derradeira de sua obra “O império do direito”, Dworkin indaga o significado do direito, trazendo suas próprias conclusões:

O que é o direito? Ofereço, agora, um tipo diferente de resposta. O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o

cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registro de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturadas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção”. (DWORKIN, 2001, p. 283)

processo. Estudamos essa atitude principalmente em tribunais de apelação, onde ela está disposta para a inspeção, mas deve ser onipresente em nossas vidas comuns se for para servir-nos bem, inclusive nos tribunais. É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que toma todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciosa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter¹⁰⁹.

Percebe-se que para ele o direito reflete uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, com caráter construtivo colocando o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho considerado como uma integridade, e para tanto necessita da interpretação realizada com o auxílio dos princípios jurídicos. Defende a coerência e a integridade do direito, como um sistema, defendendo a possibilidade da existência de uma resposta correta para os problemas jurídicos, como uma superação à discricionariedade judicial, fornecendo mecanismos mais adequados para a concretização dos princípios que orientam a formação do Estado Democrático de Direito.

Assim, a argumentação jurídica está vinculada a critérios práticos de justificação que remetem para padrões prévios de conduta chamados

¹⁰⁹ DWORKIN, 2007, p. 492.

princípios e a função do intérprete e aplicador ao deparar-se com casos difíceis não seria a de criar a nova lei, mas de reconstruir racionalmente a ordem jurídica vigente, identificando os princípios fundamentais que lhe dão sentido para a solução da demanda.

1.5. A TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY

Robert Alexy parte da diferenciação entre regras e princípios estabelecida por Dworkin¹¹⁰ e propõe sua reformulação, com o objetivo de buscar a racionalização de uma teoria dos direitos fundamentais¹¹¹. Destaca a importância da distinção entre as espécies normativas considerando-a o ponto de partida para responder a questão *“acerca das possibilidades e limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”*¹¹².

Discorda da tese que entende que a diferença entre princípios e regras é apenas de grau (quantitativa), afirmando que os adeptos dessa tese são *“sobretudo aqueles vários autores que vêem no grau de generalidade o critério decisivo para a distinção”*¹¹³, afirmando que a diferença entre princípios e regras é qualitativa.

¹¹⁰ Ensina André Rufino do Vale que Robert Alexy influencia-se pela tese de Ronald Dworkin na criação da sua teoria de distinção entre regras e princípios, pois, em seu artigo intitulado “Sobre o conceito de princípios jurídicos”: “apontando os defeitos da teoria de Dworkin, tomou-a como base para uma reformulação da distinção entre princípios e regras. Segundo Alexy, a tese de Dworkin de que os conflitos entre regras – tendo em vista sua aplicação disjuntiva ou de tudo-ou-nada – possuem uma estrutura inteiramente distinta das colisões entre princípios – pois estas normas possuem uma dimensão de peso, ausente nas regras – oferece um ponto de apoio para a obtenção de critérios de distinção adequados. Observa Alexy, no entanto, que os critérios utilizados por Dworkin, apesar de importantes, não atingem o núcleo da diferenciação entre regras e princípios. Com efeito, Dworkin não explica porque os princípios entram em colisão da maneira por ele descrita, isto é, numa dimensão de peso. O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios, olvidado pela teoria de Dworkin, está em esclarecer as razões que justificam o fato de os princípios e as regras entrarem em colisão de forma diferenciada”. (VALE, 2009, pp. 81-82).

¹¹¹ NEVES, 2013, p. 68.

¹¹² ALEXY, 2008, p. 85.

¹¹³ ALEXY, 2008, p. 89.

Para Alexy, as normas ou são regras, e fornecem razões definitivas, ou são princípios, e constituem razões *prima facie*, seu modelo de distinção fundamenta-se na diferença estrutural de cada tipo de norma. Nesse sentido, as regras são mandamentos definitivos e os princípios configuram mandamentos de otimização¹¹⁴. Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, sendo as possibilidades jurídicas determinadas pelos princípios e regras colidentes no caso concreto¹¹⁵.

Quanto às regras, são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, se válidas, deve se fazer exatamente aquilo que elas exigem. Assim,

Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio. A diferença entre regras e princípios mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras¹¹⁶.

Asseveram Cademartori e Duarte que Alexy diferencia as regras dos princípios, notadamente, pelas formas de solução, dentro do ordenamento jurídico, do conflito entre regras e colisão entre princípios:

O conflito entre regras pode ser solucionado, segundo o ordenamento, de duas maneiras: ou através de uma cláusula de exceção que uma delas teria, a qual eliminaria o conflito, ao estabelecer uma solução específica para o caso, ou então uma delas estando a lesar o ordenamento jurídico, seria inválida e, portanto, deveria ser expelida do ordenamento. No caso de conflito entre princípios (ou colisão entre princípios, nos termos de Alexy), diversamente das regras, este se dá no plano do seu “peso” valorativo que entre eles deverá ser ponderado e não o plano da validade, como no caso do conflito entre regras¹¹⁷.

¹¹⁴ ALEXY, 2008, p. 90-95.

¹¹⁵ ALEXY, 2008, p. 90.

¹¹⁶ ALEXY, 2008, p. 91.

¹¹⁷ CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 127.

A regra é um tipo de norma que, presentes os pressupostos autorizadores de sua aplicação, será aplicada de forma definitiva. O princípio, por sua vez, é espécie cujos pressupostos autorizadores de sua aplicação não assumem contornos precisos, o que lhe confere maior imprecisão e menor determinabilidade, fazendo com que atue como meio de otimização de um comportamento¹¹⁸.

No que diz com a colisão entre princípios e o conflito entre regras na solução de um caso em concreto, afirma Robert Alexy que os princípios podem coexistir, pois convivem harmonicamente. Assim, em caso de colisão entre eles será considerado o peso de cada um dos princípios e ponderado qual o mais adequado, conforme circunstâncias específicas do caso a ser julgado¹¹⁹. Já regras conflitantes não podem coexistir, em caso de conflito, ao contrário do que ocorre com os princípios, será utilizada uma “cláusula de exceção” que eliminará esse conflito, permitindo que seja identificada a regra que regulamentará o caso:

Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. [...] Ou uma norma jurídica é válida ou não é. Se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida. Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever ser contraditórios entre si sejam válidos, em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas e contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida¹²⁰.

Assim, os *“conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na*

¹¹⁸ ALEXY, 2008, pp. 89-91.

¹¹⁹ ALEXY, 2008, pp. 91-92.

¹²⁰ ALEXY, 2008, p. 92.

dimensão do peso”¹²¹. Dito isto, na hipótese de colisão entre princípios, eles são ponderados e um deles passa a ter precedência sobre o outro, dadas as condições específicas do caso:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá de ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser considerado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem predominância em face do outro sobre determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que quer se dizer quando se afirma que, nos casos concretos os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso tem precedência¹²².

Desse modo, a maneira com que são resolvidas essas tensões (conflitos entre regras e colisões entre princípios) será o que, com efeito, distinguiria os princípios das regras, pois enquanto nas *“regras é preciso verificar se a regra está dentro ou fora de determinada ordem jurídica (problema do dentro ou fora), o conflito entre princípios já se situa no interior desta mesma ordem (teorema da colisão)”*¹²³.

Segundo ensinam Cademartori e Duarte, em análise à teoria dos princípios de Alexy, ao se deparar com um caso em que ocorra a colisão entre princípios o intérprete deverá valer-se de um critério hermenêutico de ponderação dos valores jusfundamentais que Alexy denomina de “máxima da proporcionalidade”, essa máxima, por sua vez, é subdividida em três partes:

adequação, que, ao estabelecer a relação entre o meio empregado e o fim atingido, mede seus efeitos a partir de hipóteses comprovadas ou altamente prováveis; necessidade, que estabelece que a medida empregada (vale dizer, a norma) deve considerar, sempre o meio mais benéfico ao destinatário, e proporcionalidade em sentido

¹²¹ ALEXY, 2008, pp. 93-94.

¹²² ALEXY, 2008, pp. 93-94.

¹²³ ÀVILA, 2001, p. 29.

estrito que é a ponderação com base nos valores jusfundamentais propriamente ditos, os quais, na jurisprudência da Suprema Corte da Alemanha, encontram na noção de dignidade da pessoa humana uma espécie de meta-valor a orientar a interpretação dos demais direitos fundamentais¹²⁴.

A ponderação entre princípios, portanto, serve para determinar qual princípio deverá prevalecer em caso de colisão, não há exclusão de um ou outro, eles apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente. Desse modo, *a priori*, todos os princípios são válidos e hierarquicamente iguais, sendo que a sua colisão somente ocorre nos casos concretos, quando um princípio limita a irradiação de efeitos do outro.

A partir da distinção estrutural entre regras e princípios e da utilização do método da ponderação entre princípios no caso de colisão é que se estabelece uma das teses centrais da teoria de Robert Alexy: os direitos fundamentais¹²⁵ têm natureza de princípios e são mandamentos de otimização, o que implica a máxima da proporcionalidade, com seus três axiomas - adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito¹²⁶.

Em sentido diverso, caso haja colisão entre duas regras a contradição será solucionada pela introdução de uma exceção à regra, de modo a excluir o conflito, pela decretação de invalidade de uma das regras colidentes. Essa diferença na solução dos conflitos se dá porque as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*,

¹²⁴ CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 127.

¹²⁵ Acerca da força normativa dos direitos fundamentais e sua consolidação como princípios jurídicos, segue entendimento de Fábio de Oliveira: “Nas últimas décadas do século passado ou a partir da sua segunda metade, houve, como fenômeno globalizado, o investimento na força normativa, obrigacional (negativa e positiva) dos direitos fundamentais, o que se traduziu na consolidação do entendimento de que os princípios (a apontada natureza principal dos direitos fundamentais – se bem que nem todo direito fundamental é princípio e nem todo princípio é direito fundamental) também são normas. Vieram autores referenciais, deu-se a sofisticação do saber acerca da questão, inúmeros juristas se ocuparam do tema e a jurisprudência, que absorveu a perspectiva, foi descrita como jurisprudência de princípios”. (OLIVERIA, 2010, pp. 8-9)

¹²⁶ ALEXY, 2008, p. 588.

na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função de outros princípios colidentes¹²⁷. Leciona Robert Alexy que

Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para aquele caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas. O caso das regras é totalmente diverso. Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então vale definitivamente aquilo que a regra prescreve¹²⁸.

Prossegue afirmando que o caráter definitivo das regras não é imutável, pois a introdução de uma cláusula de exceção à regra importa na atribuição de caráter *prima facie* também a ela, pois a regra perderia, naquela situação específica, seu caráter definitivo.

Desse modo, Alexy considera que ambos, regras e princípios, podem possuir caráter *prima facie*, porém, o caráter *prima facie* que uma regra adquire ao perder sua definitividade é bem distinto do caráter *prima facie* de um princípio. Nesse sentido, em análise à teoria de Alexy, explica Neves que:

Para que uma regra seja superada nessas condições, é necessário que sejam superados os princípios (formais) que obrigam o cumprimento das regras criadas pelas autoridades legitimadas para tanto e proíbem atitudes que se desviem sem fundamento, de uma prática reiterada. E o fortalecimento do caráter *prima facie* de um princípio mediante a introdução de um cargo argumentativa ou “uma regra do ônus argumentativo” a seu favor não implica que o

¹²⁷ ÀVILA, 2001, p. 28.

¹²⁸ ALEXYY, 2008, p. 104.

princípio obtenha o mesmo caráter *prima facie* das regras, que se baseia na existência de decisões tomadas por autoridades competentes ou se apoia em práticas reiteradas e, portanto, “continua fundamentalmente diferente e muito mais forte”¹²⁹.

É dizer: enquanto a aplicação de um princípio é limitada pelo outro pela ponderação nenhum dos dois princípios deixa de ser válido, no caso das regras a introdução de uma cláusula de exceção invalida uma das regras para aquele caso.

Para Alexy, a diferença existente entre princípios e regras evidencia-se a partir da forma de solução demandada para os casos de colisão. Nas hipóteses em que entram em conflito duas regras só pode haver duas formas de solução: 1) introduzindo-se uma cláusula de exceção que elimina o conflito, ou, 2) declarando inválida uma das regras. Isso ocorre porque a o conflito de regras se dá na dimensão da validade, e a validade jurídica não é graduável pois, “*se uma norma existe, é válida e aplicável a um caso concreto significa que vale também sua consequência jurídica*”¹³⁰.

Ademais, Alexy discorda efusivamente do argumento de Dworkin de que nos casos em que fosse necessária a inclusão de exceções às regras essas seriam suscetíveis de uma enumeração taxativa. Para Alexy, a todo tempo e a cada novo caso podem surgir novas exceções a uma determinada regra, por isso a impossibilidade de uma enumeração exaustiva das exceções. O autor também considera demasiadamente simplista o entendimento exarado por Dworkin de que “*os princípios tem sempre um mesmo caráter prima facie, e as regras um mesmo caráter definitivo*”¹³¹.

Nesta toada, entende Marcelo Neves que, partindo da teoria de Dworkin, Alexy:

reformula o modelo do “tudo-ou-nada”, para sustentar a tese segundo a qual “as regras são normas que são sempre satisfeitas [cumpridas] ou não satisfeitas [não cumpridas]”. Daí por que, em um verdadeiro conflito entre regras, não sendo possível introduzir uma cláusula de exceção para eliminar a contradição, uma das regras será declarada inválida. Os critérios para solução do

¹²⁹ NEVES, 2013, pp. 66-67.

¹³⁰ ALEXY, 2008, p. 88.

¹³¹ ALEXY, 2008, p. 101.

conflito podem se os mais diversos, inclusive a importância de uma das regras, mas a decisão sobre o conflito é uma decisão sobre a validade da norma¹³².

Assim, em complemento à teoria de Dworkin, Alexy inclui no modelo tudo-ou-nada das regras a possibilidade de introduzir cláusulas de exceção que não seriam numeráveis. Dito isso, a afirmação de que as regras são aplicadas ao modo tudo-ou-nada só teria sentido quando todas as questões relacionadas à validade, ao sentido e à subsunção final dos fatos já estiverem superadas¹³³.

Alexy esclarece que por serem os princípios mandamentos de otimização, nos casos em que ocorre a relativização de um princípio em face das possibilidades jurídicas, há a exigência da aplicação da técnica da ponderação, realizado por intermédio da máxima da proporcionalidade. E a análise da proporcionalidade é justamente a maneira de se aplicar esse dever de otimização no caso concreto. É por isso que se diz que o método da proporcionalidade e o dever de otimização guardam uma relação de mútua implicação:

Visto que a aplicação de princípios válidos - caso sejam aplicáveis - é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas¹³⁴.

Assim, há uma conexão indiscutível entre a teoria dos princípios de Alexy e a máxima da proporcionalidade. Nas palavras do autor:

¹³² NEVES, 2013, p. 64.

¹³³ ÀVILA, 2001, p. 39.

¹³⁴ ALEXY, 2008, pp. 117-118.

“essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela”¹³⁵”.

Humberto Ávila rejeita o entendimento de Alexy de que pelo método da ponderação, seria decidida a dimensão de peso dos princípios e, por sua vez, o princípio adequado ao caso sob julgamento. Segundo Ávila não são os princípios que possuem uma “dimensão de peso” o que possui relevância são as razões e os fins a que eles fazem referência. Assim, essa “dimensão de peso” não seria um atributo abstrato dos princípios, mas um juízo de valor a ele atribuído pelo aplicador da norma na solução do caso:

A maioria dos princípios não dizem nada sobre o peso das razões, mas é a decisão que lhes atribui um peso em função das circunstâncias do caso concreto. A citada “dimensão de peso” (“dimension of weight”) não é, então, atributo abstrato dos princípios, mas qualidade das razões e dos fins a que eles fazem referência, cuja importância concreta é atribuída pelo aplicador. Vale dizer: a dimensão de peso não é um atributo empírico dos princípios, justificador de uma diferença lógica relativamente às regras, mas resultado de juízo valorativo do aplicador¹³⁶.

Além disso, Ávila discorda do entendimento de Alexy de que nos conflitos entre princípios atribui-se prioridade a um deles sem que seja declarada a invalidade do outro. Para ele, nos casos em que dois princípios se dirigem a uma mesma solução, mas apontam fins diferentes, deve-se declarar a prioridade de um princípio sobre outro, com a consequente invalidade de um deles para aquele caso concreto. Tal qual ocorre no conflito entre regras com a determinação de uma cláusula de exceção, hipótese em que as duas normas ultrapassam o conflito e uma delas perde sua validade para aquele caso¹³⁷.

Dessa maneira, na colisão entre princípios, o caso só pode ser solucionado caso um deles seja rejeitado, do mesmo modo que ocorre na colisão entre regras. Nas palavras de Humberto Ávila:

Assim, a diferença não está no fato de que as regras devem ser aplicadas “no todo” e os princípios só na “medida máxima”. Ambas as

¹³⁵ ALEXY, 2008, p.116.

¹³⁶ ÀVILA, 2001, p. 15.

¹³⁷ ÀVILA, 2001, pp. 15-16.

espécies de normas devem ser aplicadas de modo que o seu conteúdo de dever ser seja realizado totalmente. Tanto as regras quanto os princípios possuem o mesmo conteúdo de dever-ser. A única distinção é quanto à determinação da prescrição de conduta que resulta da sua interpretação: a interpretação dos princípios não determina diretamente (por isso *prima-facie*) a conduta a ser seguida, apenas estabelece fins normativamente relevantes cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação; a interpretação das regras depende de modo menos intenso de um ato institucional de aplicação¹³⁸.

Assim, tanto as regras quanto os princípios possuem igual substância de dever-ser, distinguindo-se quanto à sua interpretação. Os princípios não estipulam diretamente a conduta a ser seguida, enquanto que as regras são mais facilmente determináveis quanto ao seu conteúdo normativo, sendo as diferenças entre essas espécies de normas encontradas na via interpretativa e não em um conceito engessado do que seria uma regra ou um princípio, realizado antes da interpretação da norma a ser aplicada no caso concreto¹³⁹.

Também em crítica à teoria de Alexy, entende Marcelo Neves que os princípios, como mandamentos de otimização, desconsideram a complexidade da sociedade e do sistema jurídico, pois o otimizante em uma perspectiva pode não o ser em outra¹⁴⁰. Assim, por não se tratar de um método em que existam critérios para sua efetivação, a realização da ponderação pode levar à decisões subjetivas, sem o condão de garantir o resultado pretendido pela teoria¹⁴¹.

Por consequência, a utilização da ponderação e consequente aplicação direta dos princípios como razões de decidir seria inviável, pois os princípios, *per se*, são insuficientes para a solução de um caso, sendo necessário que se defina uma regra de direito constitucional para, em conjunto com o princípio, por fim à controvérsia. Para Neves,

Os princípios, enquanto princípios, balizam as regras existentes e servem à construção de regras

¹³⁸ ÀVILA, 2001, p. 16.

¹³⁹ ÀVILA, 2001, pp. 16-17.

¹⁴⁰ NEVES, 2013, p. 83.

¹⁴¹ *Ibidem*.

atribuídas indiretamente à Constituição. As regras, mesmo quando forem metarregras (conceito), podem tornar-se razões ou critérios definitivos para a decisão de um caso jurídico específico, sendo irrelevante se essa decisão refere-se à solução de um conflito concreto entre pessoas determinadas, se é incidental ou se resolve uma controvérsia no âmbito do controle abstrato. Em suma, ao passo que os princípios, enquanto razões ou critérios *prima facie*, servem como fundamento mediato de decisões de controvérsias jurídicas, as regras, além de seu caráter *prima facie* no ponto de partida de um processo concretizador, só desempenham sua função plena, quando, no final desse processo, transmudam-se em razão definitiva¹⁴².

Infere-se, portanto, que, segundo Neves, os princípios seriam razões de decidir mediatas, aplicadas como balizamentos de regras, e as regras apesar de serem razões de decidir imediatas, só desempenham sua função plena quando balizadas por princípios. Por isso ambas as normas devem ser aplicadas em conjunto, numa relação reflexiva.

Também em crítica ao ponderacionismo alexyano, assevera Fábio de Oliveira que a ponderação seria vista por grande parte dos aplicadores da norma como um método “*simples, pois que se valeria da associação regra-subsunção e princípio-ponderação, ou seja, identifique a norma que o mecanismo é consequência*”. Discorda desse entendimento na medida em que a classificação regra-princípio é deveras controversa, sendo que o mesmo texto normativo para um intérprete pode versar sobre uma regra enquanto para outro pode versar sobre um princípio:

É que tanto a noção de subsunção quanto a noção de ponderação são vítimas da filosofia da consciência, da separação absoluta entre sujeito e objeto. Ora, o intérprete/ponderador não declara o que o texto, em si mesmo, contém; se o texto é uma regra ou se é um princípio. O texto não se auto-revela como regra ou princípio. Trata-se, na verdade, de uma (re)construção de sentido, o que

¹⁴² NEVES, 2013, p. 84.

remete à pré-compreensão, pois não há grau zero¹⁴³.

Assim, tendo em vista que a decisão final de ser a norma uma regra ou um princípio cabe ao intérprete, essa decisão não deixa de cair no subjetivismo.

Na mesma toada, em interessante análise à tese da ponderação difundida por Robert Alexy, Dimoulis e Martins entendem que os aplicadores da lei não possuem um mecanismo capaz de medir e comparar direitos, que batizaram de “ponderômetro”. Desse modo, a tese da ponderação seria falha por não trazer uma medida objetiva, sendo insuficiente a alusão de Alexy aos “limites de racionalidade”¹⁴⁴

¹⁴³ OLIVEIRA, 2010, p. 11.

¹⁴⁴ Alexy, ao tratar dos “limites de racionalidade”, entende que: “O ponto de partida da teoria da argumentação jurídica é a constatação de que, no limite, a fundamentação jurídica sempre diz respeito a questões práticas, ou seja, àquilo que é obrigatório, proibido e permitido. [...] A questão da racionalidade na fundamentação jurídica leva, então, à questão acerca da possibilidade de fundamentação racional de juízos prático ou morais gerais. Desde há muito tempo a discussão acerca dessa questão é prejudicada por uma contraposição infrutífera de duas posições básicas, que reaparecem com frequência sob novas versões; de um lado ficam as posições subjetivistas, relativistas, decisionistas e/ou irracionalistas; e, de outro, as posições objetivistas, absolutistas cognitivistas e/ou racionalistas. Não há razões, no entanto, para uma postura baseada no tudo-ou-nada. A recente discussão no campo da Ética, influenciada, no plano metodológico, pela moderna Lógica, pela filosofia da linguagem e por teorias da argumentação, da decisão e da ciência e, no plano substancial, fortemente orientada por ideias kantianas, demonstrou que, embora não sejam possíveis teorias morais substanciais que forneçam a cada questão moral uma única resposta com certeza intersubjetiva conclusiva, são possíveis teorias morais procedimentais, que elaborem as regras e as condições da argumentação e da decisão racional prática. Uma versão especialmente promissora de uma teoria moral procedimental é a teoria do discurso prático racional. A vantagem da teoria do discurso está no fato de que suas regras, enquanto regras da argumentação prática racional, são substancialmente mais fáceis de serem fundamentadas que as regras morais materiais. Mas é necessário pagar um preço por isso: em si, o procedimento discursivo é compatível com resultados os mais variados. Embora haja resultados discursivamente impossíveis e discursivamente necessários, sempre sobra um amplo espaço para o discursivamente possível. Essa deficiência não pode ser sanada no nível da teoria moral. Para saná-la é necessário associar a teoria moral com a teoria do direito. Essa associação é possível no âmbito de um modelo procedimental em quatro níveis. Os quatro níveis são: (1) o discurso prático geral; (2) o processo

que teriam os aplicadores da norma. Veja-se interessante excerto da obra “Teoria geral dos direitos fundamentais” que bem clarifica o entendimento dos autores:

A proposta de Alexy insere na ponderação, além do sopesamento axiológico propriamente dito, elementos fáticos ligados ao caso concreto. Mas, em ambos os casos. Falta uma medida objetiva, cientificamente comprovada e ponderada, por mais rebuscados que pareçam os modelos apresentados por Alexy e seus seguidores. Alguns autores defendem a abordagem principiológica, observando que a carga de subjetividade na decisão dos juízes pode diminuir, graças ao trabalho da doutrina e também mediante a consolidação jurisprudencial de certos entendimentos. Isso convence na medida em que cabe à doutrina sistematizar e padronizar entendimentos, promovendo sua uniformização (mas também sua revisão!). Contudo, essa observação não responde e muito menos resolve o problema. A dificuldade principal diz respeito à subjetividade dos julgadores que é inerente ao exercício do poder discricionário¹⁴⁵.

Assim sendo, o método de ponderação desenvolvido por Alexy seria insuficiente na medida que admite que a decisão do julgador, utilizando a técnica da ponderação, seja delimitada pela sua racionalidade subjetiva.

No contexto brasileiro, a utilização da técnica da ponderação tal qual difundida por Alexy, tem sido utilizada de forma deturpada. A valorização dos princípios em face das regras, da ponderação ante a subsunção, dentre outras características encontradas na visão principiológica da Constituição apresenta problemas de aplicabilidade no direito pátrio. Aqui a técnica da ponderação transformou-se na aplicação desmedida dos princípios jurídicos, sem qualquer critério.

Decisões que utilizam a ponderação de princípios de maneira retórica, carregando elementos subjetivos que não são passíveis de

legislativo; (3) o discurso jurídico; e (4) o processo judicial. (ALEXY, 2008, 549-550).

¹⁴⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 212.

consenso e de controle intersubjetivo, são corriqueiras. Por esse motivo, afirmam Dimoulis e Martins que *“a técnica da ponderação de princípios ampliaria os poderes dos magistrados de criação do direito, prejudicando a credibilidade da dogmática jurídica e a estrutura do Estado constitucional”*¹⁴⁶.

Assim, o método da ponderação, seria uma técnica inconsistente do ponto de vista metodológico, por ser destituída de parâmetros racionais de decisão. Dimoulis e Martins consideram a técnica vaga e pouco clara sobre seu conteúdo, por inexistir um padrão de medida homogêneo e externo aos bens em conflito capaz de pesar de forma consistente a importância de cada um deles. Segundo eles, a falta de parâmetros de racionalidade na ponderação conduz a um excessivo subjetivismo na interpretação jurídica pois as disposições constitucionais são submetidas ao jogo próprio da política e à imprevisibilidade, razão pela qual as decisões judiciais vêm carregadas de arbitrariedades e voluntarismos¹⁴⁷.

Afirma Lenio Streck que essa utilização exacerbada da ponderação e aplicação de princípios constitucionais, sob o argumento da utilização da teoria de Alexy, acarreta na *“proliferação descontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria Constituição”*¹⁴⁸. Assim, o uso indiscriminado da teoria alexyana, ao invés de racionalizar a ponderação de princípios, resulta em subjetivismos, sendo inadequada à aplicação prática de direitos constitucionais, ao menos no Brasil.

¹⁴⁶ DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 212.

¹⁴⁷ DIMOULIS; MARTINS, 2007, pp. 212-215.

¹⁴⁸ STRECK, Lênio Luiz. *O que é isso - decido conforme a minha consciência?* 3^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 517.

CAPÍTULO II - O PRINCIPIALISMO NO BRASIL

2.1 O ESTUDO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS NO BRASIL

O novo direito constitucional também chamado de neoconstitucionalismo ganhou força no Brasil, após a promulgação da Constituição de 1988¹⁴⁹ e teve como principal consequência a “*constitucionalização do Direito*”¹⁵⁰. Luís Roberto Barroso ao tratar da

¹⁴⁹ Segundo Humberto Ávila, as mudanças provenientes do neoconstitucionalismo não são independentes, nem paralelas, mas possuem um encadeamento entre si mantêm uma relação causa e efeito umas com relação às outras. Afirma que, “as Constituições do pós-guerra, de que é exemplo a Magna Carta de 1988, teriam previsto mais princípios do que regras; o modo de aplicação dos princípios seria a ponderação, em vez da subsunção; a ponderação exigiria uma análise mais individual e concreta do que geral e abstrata, a atividade de ponderação e o exame individual e concreto demandariam uma participação maior do Poder Judiciário em relação aos Poderes Legislativo e Executivo; o ativismo aplicação do Poder Judiciário e a importância dos princípios radicados na Constituição levariam a uma centrada na Constituição em vez de baseada na legislação”. (ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “*ciência do direito*” e o “*direito da ciência*”. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado. Número 17, 2009, p. 2. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista>. Acesso em: 02.11.2014).

Ainda sobre o tema, analisando o movimento de redemocratização do Estado brasileiro, iniciado na década de 1980, dispõe Nelson Camatta Moreira que “o intuito daqueles que se reuniram no movimento constituinte não foi apenas o de participar do processo de reconstrução do Estado de Direito, após anos de autoritarismo militar, mas também – em oposição ao positivismo e revelando um compromisso com os ideais do pensamento comunitário – dar um fundamento ético à nova ordem constitucional brasileira, tomando-a como estrutura normativa que incorpora os valores de uma comunidade histórica concreta”. (MOREIRA, Nelson Camatta. *Dignidade Humana na Constituição Dirigente de 1988*. In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, 2007, p. 5. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com>. Acesso em: 18.01.2015)

¹⁵⁰ NEVES, 2013, p. 171.

Acerca da constitucionalização do direito, segue ensinamento de Luís Roberto Barroso: “O novo Direito Constitucional ou neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. [...] Fruto desse processo, a constitucionalização do direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a

trajetória percorrida pelo direito constitucional no Brasil até chegar ao novo direito constitucional, leva em conta três marcos que considera fundamentais: o histórico, o filosófico e o teórico.

O marco histórico do renascimento do direito constitucional no Brasil se deu no ambiente de reconstitucionalização¹⁵¹ do país, por

inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance. A constitucionalização, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais. Tal fato potencializa a importância do debate, na teoria constitucional, acerca do equilíbrio que deve haver entre supremacia constitucional, interpretação judicial da Constituição e processo político majoritário”. (BARROSO, Luís Roberto. *A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo*. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos de; NETO, Floriano Azevedo Marques. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 62-63)

¹⁵¹ Quanto à reconstitucionalização do país e, em geral, das Constituições contemporâneas, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, ensina Ana Paula de Barcellos que elas “introduziram de forma explícita em seus textos elementos normativos diretamente vinculados a valores – associados, em particular, à dignidade humana e aos direitos fundamentais – ou a opções políticas, gerais (como a redução das desigualdades sociais) e específicas (como a prestação, pelo Estado, de serviços de educação). A introdução desses elementos pode ser compreendida no contexto de uma reação mais ampla a regimes políticos que, ao longo do Século XX, substituíram os ideais iluministas de liberdade e igualdade pela barbárie pura e simples, como ocorreu com o nazismo e o fascismo. Mesmo onde não se chegou tão longe, regimes autoritários, opressão política e violação reiterada dos direitos fundamentais foram as marcas de muitos regimes políticos ao longo do século passado. Com a superação desses regimes, diversos países decidiram introduzir em seus textos constitucionais elementos relacionados a valores e a opções políticas fundamentais, na esperança de que eles formassem um consenso mínimo a ser observado pelas maiorias. Essa esperança era reforçada – e continua a ser – pelo fato de tais elementos gozarem do status de norma jurídica dotada de superioridade hierárquica sobre as demais iniciativas do Poder Público. Por esse mecanismo, então, o consenso mínimo a que se acaba de referir passa a estar fora da discricionariedade da política ordinária, de tal modo que qualquer grupo político deve estar a ele vinculado”. (BARCELLOS, Ana Paula. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras Complementares em Direito Constitucional*. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, pp. 131-152. Salvador: JusPODIVM, 2008, pp. 135- 136)

ocasião da promulgação da Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. Sem ignorar os vícios existentes no texto constitucional e suas várias emendas, a nova Magna Carta foi capaz de promover a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, até violento para um Estado Democrático de Direito, “*sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração [...] É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição*”¹⁵².

O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo que tinha dentre seus principais objetivos estabelecer uma redefinição da relação entre regras e princípios e conferir maior flexibilização à hermenêutica constitucional¹⁵³:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além

¹⁵² BARROSO, 2012, pp. 27-29.

¹⁵³ A visão pós-positivista também acarretou mudanças na área da *interpretação constitucional*. Nesse particular, leciona Barroso: "A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: (i) quanto ao *papel da norma*, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (ii) quanto ao *papel do juiz*, cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional, as normas são percebidas como *regras*, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante *subsunção*. Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao *papel da norma*, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao *papel do juiz*, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis". (BARROSO, 2005, p. 35).

da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia¹⁵⁴.

Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução do direito positivo, mas como uma superação do conhecimento convencional, reintroduzindo no ordenamento positivo as ideias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito¹⁵⁵.

Por fim, no plano teórico, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional, seriam elas: *“a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”*¹⁵⁶.

¹⁵⁴ BARROSO, 2005, p. 30.

¹⁵⁵ BARROSO, 2005, pp. 29-30.

¹⁵⁶ BARROSO, 2005, pp. 30-31.

E, destrinchando essas três transformações no plano teórico do direito constitucional provenientes do neoconstitucionalismo, ensina Barroso: **“1. A força normativa da Constituição** - Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do

administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição. [...] O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis. Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional. Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada. **2. A expansão da jurisdição constitucional** - [...] A jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura. A ela somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental. [...] **3. A nova interpretação constitucional** - A interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica. Tal circunstância é uma decorrência natural da força normativa da Constituição, isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos. [...] Sem prejuízo do que se vem de afirmar, o fato é que as especificidades das normas constitucionais levaram a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade. O reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo. Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem. Também aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance. (BARROSO, 2005, pp. 6-13) (Grifo acrescido).

Definindo as características desse novo direito constitucional Ana Paula de Barcellos divide-o em dois grupos principais: um que congrega elementos metodológico-formais e outro que reúne elementos materiais. Seguem algumas notas sobre cada um deles:

Do ponto de vista metodológico-formal, o constitucionalismo atual opera sobre três premissas fundamentais, das quais depende em boa parte a compreensão dos sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos. São elas: (i) a normatividade da Constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade; (ii) a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica (cuida-se aqui de Constituições rígidas, portanto); e (iii) a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição. Essas três características são herdeiras do processo histórico que levou a Constituição de documento essencialmente político, e dotado de baixíssima imperatividade, à norma jurídica suprema, com todos os corolários técnicos que essa expressão carrega. Do ponto de vista material, ao menos dois elementos caracterizam o neoconstitucionalismo e merecem nota: (i) a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais; e (ii) a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional¹⁵⁷.

Em resumo, o movimento neoconstitucionalista designa o estado do constitucionalismo contemporâneo, ao qual chegou-se por meio de um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado brasileiro e no direito constitucional. Apresenta, por sua vez, características singulares, tais como: normatividade, superioridade e centralidade da Constituição, incorporação explícita de valores e opções políticas nos

¹⁵⁷ BARCELLOS, *In*: NOVELINO, 2008, pp. 132-134.

textos constitucionais, centralidade dos direitos fundamentais e reaproximação entre Direito e ética, expansão da jurisdição constitucional e desenvolvimento da interpretação constitucional, dentre outras. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização¹⁵⁸ do direito.

A partir do momento que são trazidas ao cenário constitucional discussões que vão além das regras, abrangendo também princípios e políticas sociais, tornou-se indispensável a formulação de uma teoria específica capaz de conferir eficácia a tais elementos normativos. Com o neoconstitucionalismo a Constituição passa a ser um privilegiado instrumento para a busca daquelas significantes aspirações emanadas da soberania popular e democraticamente alojadas no próprio texto constitucional, entendido no seu todo “dirigente-valorativo-principlológico”¹⁵⁹.

A Constituição de 1988¹⁶⁰ iniciou um novo momento político e jurídico no Brasil, fundado na democracia, na dignidade da pessoa

¹⁵⁸ Segundo Ana Paula de Barcellos, o processo de constitucionalização do Direito: “está associado a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares. Veja-se como este processo, combinado com outras noções tradicionais, interfere com as esferas acima referidas. Relativamente ao Legislativo, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à Administração Pública, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao Poder Judiciário, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais. (BARCELLOS, *In*: NOVELINO, 2008, pp. 148).

¹⁵⁹ MOREIRA, 2007, p. 6.

¹⁶⁰ A Constituição Federal de 1988 foi parte da travessia democrática ocorrida

humana, na revitalização dos direitos fundamentais e no Estado Democrático de Direito¹⁶¹. Nesse ínterim, a Magna Carta passou a

no Brasil, que saía do antigo regime limitar para a democracia, depois de décadas de submissão. Leciona Barroso que: “A Carta de 1988, como já consignado, tem a virtude suprema de simbolizar a travessia democrática brasileira e de ter contribuído decisivamente para a consolidação do mais longo período de estabilidade política da história do país. Não é pouco. Mas não se trata, por suposto, da Constituição da nossa maturidade institucional. É a Constituição das nossas circunstâncias. Por vício e por virtude, seu texto final expressa uma heterogênea mistura de interesses legítimos de trabalhadores, classes econômicas e categorias funcionais, cumulados com paternalismos, reservas de mercado e privilégios corporativos. A euforia constituinte – saudável e inevitável após tantos anos de exclusão da sociedade civil – levaram a uma Carta que, mais do que analítica, é prolixa e corporativa”. (BARROSO, 2005, pp. 46-47).

¹⁶¹ Acerca relação entre a evolução social em comparação à evolução das Constituições, manifesta-se Marcus Vinícius Montez: “Observa-se que tal evolução no constitucionalismo encontra-se intimamente ligada com a própria evolução do Estado. No Estado Liberal a principal preocupação era garantir a liberdade e propriedade privada. Por esse motivo, Fábio Comparato chega a afirmar que tal modelo de Estado é estático e conservador, cuja única tarefa é a de *government by Law*, isto é, o direito se resume às leis. A liberdade do legislador era ampla, porém muitas vezes inefetiva na redução das desigualdades. O Estado Liberal, que se revelou um Estado de Direito puramente formal, não tardou em ser superado pelo Estado Social de Direito, no intuito de atribuir, ao próprio Estado, encargos sociais considerados pelo constituinte como indispensáveis à manutenção da paz social. A função do direito, em um Estado Social, deixa de ser meramente negativa, para adotar uma concepção positiva, na medida em que passa a assegurar o desenvolvimento do indivíduo, por meio de uma intervenção social, cultural e econômica. O Estado não se limita mais a assegurar uma liberdade formal, mas procura estabelecer uma igualdade material, igualdade de oportunidades, justificando a intervenção Estatal. Importante ressaltar que enquanto no Estado Liberal se sobressaía a figura do Poder Legislativo, no Estado Social é o Poder Executivo que ganha importante relevo, tendo em vista a necessidade de uma intervenção estatal. Por fim, após a segunda grande guerra mundial, sobreveio a instituição de uma terceira forma de Estado de Direito - Estado Democrático de Direito, que no Brasil se materializou, ao menos formalmente, na Constituição de 1988. Mas afinal, o que é o Estado Democrático de Direito? O Estado Democrático de Direito é concebido com base em dois fundamentos: respeito aos direitos fundamentais/sociais e democracia. O Estado Democrático de Direito é, portanto, um *plus* em relação ao Estado Social, na medida em que o Direito é visto como instrumento necessário à implantação das promessas de

desfrutar de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios¹⁶². Nesse ambiente, a Constituição passa a ser um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Por consequência, toda interpretação jurídica torna-se também interpretação constitucional:

a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema¹⁶³.

Com grande impacto, exibindo força normativa sem precedentes, a Constituição ingressou no cenário jurídico do país e no discurso dos operadores jurídicos, o direito constitucional brasileiro foi tomado “por

modernidade não cumpridas pelo Estado Social. Desta forma, há um inevitável deslocamento do centro de tensão/decisão dos Poderes Legislativo e Executivo para o Poder Judiciário (Jurisdição Constitucional)”. (MONTEZ, Marcus Vinícius Lopes. *A Constituição Dirigente realmente morreu?*. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 18 Ago. 2009. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/4109. Acesso em: 18.01.2015, pp. 4-5).

¹⁶² No entanto, afirma Fábio de Oliveira que, antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988, não se negava completamente a normatividade dos princípios constitucionais: “a admissão de propriedades normativas aos princípios não era inexistente; princípios eram já invocados e operados como normas; inclusive sobrepujando regras. O que não havia era sistematização dogmática, firmeza ou sedimentação doutrinária. Não havia teoria ocupada especificamente da temática, notadamente com a abrangência e com o caráter da produção contemporânea. A normatividade dos princípios era vacilante, ora afirmada implícita ou expressamente (menos) e ora negada (conquanto, por vezes, fossem reconhecidas aptidões próprias de normas aos princípios). Em termos majoritários e consistentes, não existia cultura asseguratória do caráter normativos dos princípios. Após 1988, no Brasil, a academia se voltou com ênfase à temática das regras e dos princípios, havendo hodiernamente assentado acordo de que princípio é norma; nesta toada, autores estrangeiros referenciais, como Dworkin e Alexy, antes praticamente desconhecidos, foram largamente recepcionados; no que tange ao Judiciário, multiplicaram-se, em todas as instâncias, julgados fazendo alusão a princípios como razão bastante para decidir. (OLIVEIRA, 2010, p. 9).

¹⁶³ BARROSO, 2005, p. 49.

um fascínio pela principiologia jurídico-constitucional ¹⁶⁴ ". A Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova página em nossa história constitucional, representou a superação de um modelo autoritário e excludente de Estado para selar um novo começo na trajetória político-institucional do país ¹⁶⁵ . Nossa atual carta constitucional detém conteúdo altamente comprometido com os ideais democráticos, com a promoção da dignidade humana e com uma destemida proposta de resgate ético do direito como um todo, capitaneado pelo direito constitucional ¹⁶⁶ .

Essa constitucionalização do direito no Brasil, caracterizada, notadamente, pela superioridade intrínseca dos princípios em relação às regras, impulsionou o estudo sobre a nova normatividade dos princípios constitucionais no Brasil. Ensina Paulo Bonavides que:

Com a constitucionalização dos princípios, fundamento de toda a revolução *principal*, os princípios constitucionais outra coisa não representam senão os princípios gerais de Direito, ao darem estes o passo decisivo de sua peregrinação normativa, que, inaugurada nos códigos, acaba nas Constituições ¹⁶⁷ .

A partir dessa “revolução principal” passou-se a discutir uma fase pós-positivista “*da técnica da ponderação na aplicação do direito, no ingresso dos fatos e da realidade na própria estrutura da norma jurídica*” ¹⁶⁸ , tornando-se fundamental o desenvolvimento do estudo dos princípios jurídicos no Brasil ¹⁶⁹ . E, dentre seus principais estudiosos situam-se: Lênio Streck, Humberto Ávila e Marcelo Neves, cujos entendimentos serão comentados a seguir.

2.2 O PANPRINCIPIOLOGISMO SEGUNDO LENIO STRECK

Lenio Streck, elabora uma teoria dos princípios calcada na hermenêutica jurídica ¹⁷⁰ , criticando as teorias que cindem a norma

¹⁶⁴ ÁVILA, 2009, p. 19.

¹⁶⁵ BARROSO, 2005, p. 28.

¹⁶⁶ MOREIRA, 2007, p. 19.

¹⁶⁷ BONAVIDES, 2004, p. 291.

¹⁶⁸ NEVES, 2013, p. 5.

¹⁶⁹ NEVES, 2013, p. 191.

¹⁷⁰ Lênio Streck, na obra “Verdade e consenso”, afirma que a tese da resposta correta por ele desenvolvida, embasada na aplicação conjunta de princípios e

jurídica em regras e princípios. Segundo ele, o direito deve ser visto como um sistema integrado de regras e princípios e a norma seria o resultado da interpretação do texto. Os princípios não incidiriam *per se*, mas cumulativamente com a regra, conferindo-lhe substância no ato da aplicação da norma ao caso concreto. Sua força normativa não provém de sua positivação, e sim do fato de estarem inseridos no contexto histórico da sociedade, sendo revelados no momento da aplicação normativa¹⁷¹:

[...]a palavra "norma" representa o produto da interpretação de um texto, isto é, o produto da interpretação da regra jurídica realizada a partir da materialidade principiológica. Se sempre há um princípio atrás de uma regra, a norma será o produto dessa interpretação, que se dá na *applicatio*. Assim, em relação à pergunta "se afirmo o caráter normativo dos princípios a partir de uma diferença em relação às regras, não estou afirmando uma diferença entre gênero e espécie?", é preciso deixar claro que a distinção aqui feita não tem nada a ver com a distinção de caráter semântico

regras, seria: “fundamentada na hermenêutica, porque lastreada na incindibilidade entre texto e norma e entre fundamentação e aplicação, admite que se encontre sempre a resposta: nem única, nem uma entre várias possíveis. Trata-se da “resposta”, que exsurge como síntese hermenêutica, enquanto descrição fenomenológica, e que será o ponto de estofo em que se manifesta a coisa mesma (*die Sache selbst*). Aliás, em seu repto contra relativismos e irracionalidades, Gadamer diz: para a hermenêutica, o relativismo não deve ser refutado; deve ser destruído! [...] Os conceitos jurídicos (enunciados linguísticos que pretendem descrever o mundo epistologicamente) não são lugar dessa proposta correta, mas a resposta correta será o lugar dessa “explicitação”, que, hermeneuticamente, não se contenta com essa fundamentação de caráter universal, porque nela – nessa resposta – há um elemento a priori, “uma espécie de universo antepredicativo ou pré-conceitual que aí é abordado e pretende ser expresso” (essa é a tarefa da interpretação, que explicita esse compreendido). Em outras palavras, a resposta correta é a explicitação das condições de possibilidade a partir das quais é possível desenvolvermos a ideia do que significa fundamentar, do que significa justificar”. (STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed., rev., ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009a, pp. 315-316)

¹⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*. 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 246.

feita, por exemplo, por Alexy.

Para realizar essa distinção, o jusfilósofo afirma um conceito de norma que é *a priori* e que leva até as regras e aos princípios o atributo da normatividade. Mas a norma, como já foi afirmado reiteradamente, não existe sem a interpretação e a interpretação, por sua vez, não se faz sem um caso - hipotético ou real. Desse modo, não pode haver um conceito de norma que seja prévio e anterior ao caso a ser decidido. Portanto, a norma e, máxime, a normatividade do direito emerge da conflituosidade própria do caso. E como resolvemos os casos jurídicos? Resolvemos a partir de princípios e regras que determinarão a obrigação jurídica a ser cumprida pelas partes. Portanto, os princípios e as regras são como que condições de possibilidade da normatividade e não o contrário (a normatividade como condição de possibilidade de regras e princípios)¹⁷².

O autor discorda da diferenciação “semântica ficcional” feita na teoria dos princípios de Alexy, pois nela seria possível descrever antecipadamente as características estruturais das regras e princípios, através de um conceito criado antes da interpretação jurídica¹⁷³. No entanto, o caráter normativo dos princípios não decorreria dessa atribuição de um conceito definido, mas seria realizada por sua dimensão de transcendentalidade¹⁷⁴ no direito.

A distinção estrutural separa a teoria da prática, submersa no pensamento metafísico, em que o conceito de princípios é reproduzido

¹⁷² STRECK, 2009a, p. 504.

¹⁷³ STRECK, 2009a, p. 495.

¹⁷⁴ O aspecto da transcendentalidade compreende sua condição de proporcionar sentido a uma regra. Ou seja, o princípio ultrapassa a letra pura da lei, transcendendo-a. Segundo Streck: “O princípio é um padrão. Diz-se assim que “em princípio a regra deverá ser aplicada desse modo ...”, isto é, a regra só será regra se não desobedecer aquilo que a institui e que lhe é condição de possibilidade de sentido: o princípio. O princípio tem, portanto, uma dimensão antecipatória de sentido. Os princípios guardam a dimensão de transcendentalidade no direito. Falar do plano ôntico do princípio, isto é, de uma espécie de razão teórica que paira sobre a regra ou que sustenta a regra, somente tem sentido se se cindir interpretação e aplicação e, portanto, pensar que há conceitos sem coisas. E isso seria fazer metafísica do e no direito.” (STRECK, 2009a, p. 522-523)

de forma dogmática, nessa toada, a interpretação passa a ser mera racionalidade instrumental¹⁷⁵. No entanto, conforme afirma Streck, é inviável essa inversão de ordem “*em que a significância da norma ocorre antes de sua aplicação*”¹⁷⁶.

Assim, a teoria alexyana seria limitada por contentar-se com uma distinção epistemológica antecipada entre regra e princípio que “*pressupõe saberes teóricos separados da ‘realidade’*. *Antes de argumentar, o intérprete já compreendeu*”¹⁷⁷. Para Streck essa atribuição antecipada de significado aos princípios não seria possível, pois ele se oculta na própria regra, existencializando a regra de acordo com o caso a ser decidido:

O princípio é um padrão. Diz-se assim que "em princípio a regra deverá ser aplicada desse modo

¹⁷⁵ A racionalidade instrumental reproduz o direito de forma dogmática, reduzido a uma interpretação analítica, distante de qualquer área que não seja o próprio direito. Acerca da racionalidade instrumental, manifesta-se Lenio Streck: “Penso, assim, que os críticos (refiro-me especialmente àqueles advindos da filosofia e da sociologia) que olham de soslaio o crescimento do uso da ontologia fundamental no direito deveriam observar melhor esse fenômeno e, quem sabe, implementar pesquisas na área do direito, assim como cada vez mais os juristas fazem pesquisas na área da filosofia (não para transformar a filosofia em um discurso otimizador do direito, mas como condição de possibilidade; por isso, a expressão que cunhei “filosofia no direito” e não “do direito”). Afinal, o direito é um fenômeno bem mais complexo do que se pensa; o direito não é uma mera racionalidade instrumental. Isso implica reconhecer que fazer filosofia no direito não é apenas pensar em levar para esse campo a analítica da linguagem ou que os grandes problemas do direito estejam na mera interpretação dos textos jurídicos. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e Possibilidades Críticas do Direito: Ensaio Sobre a Cegueira Positivista*. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 52, p. 127-162, jan./jun. 2008, p. 133). E, prossegue afirmando que: “Portanto, o compreender não depende da instituição de uma “supervisão epistemológica” a ser realizada pelas teorias do (e sobre o) discurso jurídico de cariz procedimental (nos seus diversos matizes). Na verdade, tais teorias se colocam como guardiães de uma pretensa racionalidade instrumental, com o que se torna razoável afirmar que uma teoria da argumentação jurídica pode ser válida somente naquilo que ela pode servir de auxílio na justificação/ explicitação do nível da racionalidade compreensiva (estruturante do sentido, o “como” hermenêutico) que desde sempre já operou no processo interpretativo. (STRECK, 2008, p. 142).

¹⁷⁶ STRECK, 2011, p. 255.

¹⁷⁷ STRECK, 2008, p. 157.

... ", isto é, a regra só será regra se não desobedecer aquilo que a institui e que lhe é condição de possibilidade de sentido: o princípio. O princípio tem, portanto, uma dimensão antecipatória de sentido. O princípio paira sobre a regra ou que sustenta a regra, somente tem sentido se se cindir interpretação e aplicação e, portanto, pensar que há conceitos sem coisas. E isso seria fazer metafísica do e no direito. Em outras palavras, a percepção do princípio faz com que este seja o elemento que termina desvelando-se e ao mesmo tempo ocultando-se na própria regra. Isto é, ele (sempre) *está* na regra. O princípio é elemento instituidor, o elemento que existencializa a regra que ele instituiu¹⁷⁸.

Nessa toada, a diferença entre a “distinção epistemológica” de Alexy¹⁷⁹, e a distinção desenvolvida por Streck, a qual denomina “distinção hermenêutica”, é que naquela os princípios teriam um significado definido e nesta, por ser impossível cindir interpretação e aplicação, o significado do princípio seria construído no mundo prático, na situação concreta a ser normatizada. Pois, *“se acreditarmos que existem princípios sem regras, acreditaremos também que há normas sem textos”*, tendo em vista o fato de ser *“impossível interpretar uma regra sem levar em conta o seu princípio instituidor”*¹⁸⁰. Consequentemente, por trás de uma regra sempre haverá um princípio.

Advoga no sentido de que a atribuição de significado a um princípio antes de sua aplicação concreta seria equivocada, pois petrifica seu sentido, reduzindo sua aplicabilidade e equiparando-os às regras:

¹⁷⁸ STRECK, 2009a, pp. 523-524.

¹⁷⁹ Lenio Streck discorda da “distinção epistemológica” de Alexy, sob o fundamento de que seria inviável determinar um significado a uma norma antes do ato de interpretação. Segundo ele: “ Norma é um conceito interpretativo. Portanto, deve-se ter presente que a normatividade emerge de um quadro factual constituído por regras e princípios. O problema, então, aparecerá ao se pretender deduzir os princípios e as regras de um conceito semântico de norma. Quando a expressiva maioria da doutrina distingue - a partir de Alexy - regras e princípios desde o critério estrutural, a partir da ideia de que regras são mandados de definição e princípios são mandados de otimização e outras distinções *critério-lógicas*, está-se apenas dando uma solução epistemológica para o problema e não uma solução hermenêutica”. (STRECK, 2009a, p. 514).

¹⁸⁰ STRECK, 2009a, p. 523.

O problema é que, ao ser feita a distinção estrutural, os princípios acabam adquirindo algo que lhes tira a "razão principiológica", isto é, alça-se-lhes à meta-regras, o que faz com que, no fundo, o princípio apenas ingresse no sistema para "revolver insuficiências ônticas" das regras, como ocorre, por exemplo, com a teoria da argumentação jurídica. Afinal, como é sabido, para teoria da argumentação jurídica o problema das regras se resolve por subsunção e o dos princípios pela ponderação. Isso também se aplica à diferença entre axiologia e deontologia e é por isso que, me permito insistir neste ponto, princípios não são valores. Para que um princípio tenha obrigatoriedade, ele não pode se desvencilhar da democracia que se dá por enunciados jurídicos concebidos como regras¹⁸¹.

O que ocorre de fato no ato da interpretação jurídica é que, buscando solucionar a lide, diante do caso concreto, o aplicador da norma encontra a regra que servirá para solucioná-la, no entanto caso inexistir *“um princípio instituinte, a regra não pode ser aplicada, posto que não será portadora do caráter de legitimidade democrática”*¹⁸². A articulação dessas espécies normativas decorre do fato de que a pura subsunção da regra ao caso concreto, ignorando o contexto fático, característica da teoria positivista, passou a ser insuficiente para a solução das lides na sociedade moderna.

Nesse viés, a função dos princípios seria a de superar a abstração da regra, *“desterritorializando-a de seus locus privilegiado, o positivismo”*¹⁸³, são, portanto voltados para o contexto fático em que se situa a sociedade. Assim, *“a regra recebe do princípio a sua “espessura”, a sua significatividade”*¹⁸⁴, e os *“princípios, ao superarem as regras, proporciona(ram) a superação da subsunção”*¹⁸⁵. Os princípios institucionalizam o mundo prático no Estado Democrático de Direito, sendo uma garantia de eficácia da decisão, pois *“como todo*

¹⁸¹ STRECK, 2009a, P. 515.

¹⁸² STRECK, 2009a, p. 501.

¹⁸³ STRECK, 2009a, p. 34.

¹⁸⁴ STRECK, 2009a, p. 225.

¹⁸⁵ STRECK, 2011, p 241.

*princípio encontra sua realização em uma regra, é possível dizer que há uma espécie de sentido eficaz em um princípio*¹⁸⁶.”

Nessa toada, Streck censura a importação, pela doutrina brasileira, de teorias dos princípios dissociadas da nossa realidade, afirmando ser raridade, nos dias de hoje, encontrar constitucionalistas que não se rendam à distinção estrutural regra-princípio e à sua ponderação¹⁸⁷:

No Brasil, a ponderação aparece como procedimento generalizado de aplicação do direito. Isso é um equívoco. Ou seja, em todo e qualquer processo aplicativo, haveria a necessidade de uma “parada” para que se efetuasse a ponderação. [...] Na maior parte das vezes, os adeptos da ponderação não levam em conta a relevante circunstância de que é impossível fazer uma ponderação que resolva diretamente o caso. A ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy – não é uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que “pesa mais” (sic), algo do tipo “entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um” (sic). Nesse sentido é preciso fazer justiça a Alexy: sua tese sobre a ponderação não envolve essa “escolha direta”¹⁸⁸.

¹⁸⁶ STRECK, 2009a, p. 537.

¹⁸⁷ Fábio de Oliveira, menciona em seu artigo “Voltando à problema da tipologia regras e princípios: primeiro ensaio” que antes da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal já embasada decisões na ponderação de princípios. Veja-se: “em 25/05/1977, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao resolver os Embargos no Recurso Extraordinário no 79.770, realizou uma ponderação e afastou o princípio da liberdade de contratar e a regra pacta sunt servanda; no Mandado de Segurança no 20.219, julgado em 09/04/1980, o STF analisou pretenso conflito entre o princípio da liberdade de associação e regra. Os exemplos são incontáveis, espriam-se por todo o Judiciário e podem ser notados em época muito anterior àquelas dos julgados citados. Não é possível negar que, nestas e em outras hipóteses, o Judiciário invocou e trabalhou com princípios como normas. (OLIVEIRA, 2010, p. 8).

¹⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. *O (Pós-)Positivismo e os Propalados Modelos de Juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – Dois Decálogos Necessários*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 7, p. 15-45, jan./jun. 2010b , p. 37.

Tendo em vista a importação de teorias, grande parte da comunidade jurídica se encontra inserida no pensamento metafísico, na tentativa de descrever as normas, no qual o mundo prático é completamente esquecido pela teoria apresentada pelo pensamento dogmático. No entanto, para decidir os conflitos atuais da sociedade é inviável que a compreensão da hermenêutica jurídica como *“uma teoria ornamental do direito, que sirva tão somente para colocar “capas de sentido” aos textos jurídicos”*¹⁸⁹.

Crítico severo da discricionariedade¹⁹⁰ judicial sem limites, censura a criação retórica de princípios jurídicos, chamando-a de panprincipiologismo¹⁹¹, produzindo decisões que ultrapassam o limite semântico do texto constitucional:

¹⁸⁹ STRECK, 2008, p.142.

¹⁹⁰ Acerca de sua posição sobre a discricionariedade judicial, segue assertiva de Streck: “tenho apontado minhas baterias contra a principal característica do positivismo pós exegético, qual seja, a discricionariedade. Curiosamente, juristas das mais variadas facções diziam (e isso ainda acontece): se você é contra a discricionariedade dos juízes, então defende o legalismo, o exegetismo, o juiz boca da lei... Que coisa, não? E complementa(va)m: aceitamos a discricionariedade, mas não a arbitrariedade... (como se os “limites semânticos” tivessem contornos “tão definidos” como pretendem especialmente as teorias analíticas do direito). Um jusfilósofo muito conhecido chegou a me acusar, em um Congresso realizado além-mar, que eu estava defendendo “a proibição de interpretar”. Na verdade, confesso que, nos últimos anos, cometi o seguinte equívoco: não me dei conta que os juristas brasileiros e nisso se incluem os neoconstitucionalistas da península ibérica que não abrem mão da discricionariedade judicial), contenta(va)m-se com o menos, isto é, limita(va)m-se a superar as velhas formas de exegetismo, entregando, entretanto, todo o poder ao intérprete (em especial, aos juízes), a partir de uma série de fórmulas do tipo “menos regras, mais princípios, menos subsunção, mais ponderação”, etc. (STRECK, 2010b, pp. 17-18).

¹⁹¹ E, em entrevista concedida ao Tribunal de Contas do estado de Minas Gerais, critica o uso retórico dos princípios jurídicos, afirmando que o panprincipiologismo seria uma espécie de fábrica de princípios. Em suas palavras: “Por que isso acontece? Porque equivocadamente se pensa que princípios são valores. É como se os valores flutuassem, fossem uma espécie de “ontologia”, da qual se retirasse uma essência. Os princípios seriam uma espécie de manifestação valorativa dessa ontologia. É um retorno a uma espécie de “realismo moral”. Isso é pernicioso, porque enfraquece a autonomia do direito. O direito não é uma mera técnica. Ele não é uma racionalidade instrumental. Com ele, não se pode sustentar qualquer coisa. Isso seria um retorno ao positivismo primitivo ou às fórmulas dos axiologismos normativistas.

Percebe-se, assim, uma proliferação de princípios, circunstância que pode acarretar no enfraquecimento da autonomia do direito (e da força normativa da Constituição), na medida em que parcela considerável (desses ‘princípios’) é transformada em discursos com pretensões de correção e, no limite, como exemplo da ‘efetividade’, um álbi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional. Assim, está-se diante de um fenômeno que pode ser chamado de ‘panprincipiologismo’, caminho perigoso para um retorno à ‘completude’ que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX: na ‘ausência’ de ‘leis apropriadas’ (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete deve lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um ‘princípio’ aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo¹⁹².

A discricionariade judicial e a utilização retórica dos princípios não substituem a legislação democrática. Ocorre que, muitos princípios¹⁹³ atuam como padrões interpretativos. Originários de

(FERRAZ, Leonardo de Araújo. *Entrevista Professor Lenio Luiz Streck*. In: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, v. 81, n. 4, 2011. Disponível em: <http://revista.tce.mg.gov.br>. Acesso em: 05.01. 2015).

¹⁹² STRECK, 2009a, p. 493.

¹⁹³ Acerca da criação exagerada de princípios jurídicos, leciona Lenio Streck em sua obra “Verdade e Consenso”: “A lista é longa. Poder-se-ia acrescentar outros, como o da rotatividade, o lógico, o econômico, da gratuidade judiciária, da aderência ao território, da recursividade, do debate, da celeridade, da preclusão, da preferibilidade do rito ordinário, da finalidade, da busca da verdade, da livre admissibilidade da prova, da imediatidade, do livre convencimento, da sucumbência, da invariabilidade da sentença, da eventualidade, da ordenação legal, da utilidade, da continuidade da inalterabilidade, da peremptoriedade, do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito no processo coletivo, da elasticidade, da adequação do procedimento, para citar apenas estes. Há casos curiosos, como a principiologia retirada do art. 2º da Lei n. 9.099/95, em que setores da doutrina transforma(ram) explicitamente critérios – a expressão é da lei – em “princípios”. Com efeito, o dispositivo deixa assentado que “o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia

construções práticas e concretas, adquirem foros de universalização, sendo aplicados em outros casos que, muitas vezes, não apresentam correlação com a hipótese discutida originariamente. Os princípios utilizados dessa maneira passam a funcionar como meta-regras, representando uma fragilização na autonomia do direito¹⁹⁴.

Ocorre que, os princípios balizam a formação da história institucional¹⁹⁵ do direito, possibilitam, portanto, a formação legítima de uma decisão judicial, impondo um dever de correção ao aplicador da norma: “*o de demonstrar a legitimidade de suas decisões (espécie de *eccoutitability*)*”¹⁹⁶. Assim, a legitimidade de uma decisão será aferida no momento em que se demonstra que a regra por ela concretizada é instituída por um princípio. Ou seja, os princípios condicionam os argumentos dispostos nas regras¹⁹⁷.

Por sua vez, a utilização exclusiva de um princípio para resolver um caso concreto seria inviável, pois seria fazer raciocínios teleológicos partindo de um padrão alçando-o a um grau de normatividade. No entanto, é necessário que exista uma regra capaz de resolver o caso a partir de uma reconstrução principiológica, com um princípio que faça parte da história institucional¹⁹⁸.

processual e celeridade, buscando sempre que possível a conciliação e a transação”. Já o comentário doutrinário esclarece que “em que pese o legislador ter-se utilizado da expressão ‘critérios’ orientadores do processo nos Juizados Especiais, estamos diante de verdadeiros princípios. Desnecessário também elencar os princípios já consolidados no senso comum teórico, como o do livre convencimento do juiz, da íntima convicção e da verdade real, os quais se colocam na contramão dos avanços proporcionados pela viragem linguística. Os citados “princípios” nada mais são do que a confissão da prevalência do esquema sujeito-objeto. Por isso a desnecessidade de uma crítica mais alongada”. (STRECK, 2009a, pp. 489-490)

¹⁹⁴ STRECK, 2009a, p. 491.

¹⁹⁵ Assevera Dworkin que o juiz deve interpretar a história institucional, não inventá-la. Ou seja, sua interpretação deve ajustar-se aos limites semânticos do que quer dizer a expressão jurídica posta pelo legislador e não inventar uma história melhor: “Quando uma lei, Constituição ou outro documento jurídico é parte da história doutrinal, a intenção do falante desempenhará um papel. Mas a escolha de qual dos vários sentidos, fundamentalmente diferentes, da intenção do falante ou do legislador é o sentido adequado, não pode ser remetida à intenção de ninguém, devendo ser decidida, por quem quer que tome a decisão, como uma questão de teoria política”. (DWORKIN, 2002, p. 240)

¹⁹⁶ STRECK, 2009a, p. 500.

¹⁹⁷ STRECK, 2009a, pp. 500-501.

¹⁹⁸ STRECK, 2009a, p. 526.

Ocorre que, o que vem ocorrendo é a utilização de princípios como fórmulas de redundância, como se fossem aptos a justificar qualquer decisão, autorizando o aplicador da norma a buscar fontes estranhas à legislação “*para complementar a lei*”¹⁹⁹, tudo isso ignorando o processo legislativo regulamentar.

Os princípios podem até fundamentar a não aplicação da regra em determinado caso, mas não servem para preencher um espaço onde não haja legislação ou para criar soluções desconsiderando a lei. Clarificando a circunstância em que o princípio fundamenta a inaplicabilidade de uma regra, Lênio Streck traz o exemplo da aplicação do princípio da insignificância no crime de furto. Veja-se:

Em que circunstância um furto não deverá ser punido? Lamentavelmente, a dogmática jurídica fragmentou ao infinito as hipóteses, não havendo a preocupação com a formação de um mínimo grau de generalização. No mais das vezes, uma ação penal que envolve esse tipo de matéria é resolvido com a mera citação do princípio ou de um verbete, na maioria das vezes absolutamente descontextualizado. Trata-se de uma aplicação equivocada da exceção, embora se possa dizer, em um país com tantas desigualdades sociais, que na maior parte das vezes (no atacado) as decisões acabam sendo acertadas. A aplicação da insignificância - como de qualquer outro princípio jurídico - deve vir acompanhado de uma detalhada justificação, *ligando-a a uma cadeia significativa*, de onde se possa retirar a generalização principiológica minimamente necessária para a continuidade decisória, sob pena de se cair em decisionismo, em que cada juiz tem o seu próprio conceito de insignificância (que é, aliás, o que ocorre no cotidiano das práticas judiciais)²⁰⁰.

Percebe-se que no exemplo colacionado o princípio da insignificância justifica a desconsideração do crime de furto diante do caso concreto. Entretanto, apesar de ser possível utilizar o princípio para fundamentar a inaplicabilidade de uma regra, é incabível sua criação²⁰¹

¹⁹⁹ STRECK, 2009a, pp. 167

²⁰⁰ STRECK, 2009a, pp. 512-513.

²⁰¹ Na obra, “O que é isto – decido conforme minha consciência”, complementa o autor que: “em nome de princípios ad-hoc (e todos os dias são inventados

única e exclusivamente para resolver um caso específico, pois “*não é possível nomear qualquer coisa como princípio; não é possível inventar um princípio a cada momento, como se no direito não existisse uma história institucional a impulsionar a formação e identificação do princípio*”²⁰².

A proposta de Lenio Streck de uma teoria dos princípios partiria de uma superação do esquema sujeito-objeto²⁰³, ultrapassando qualquer

novos Standards que se pretendem ‘princípios’), como o ‘da confiança no juiz da causa’ (sic), e, em nome de supostos ‘sopesamentos’ (ponderações), um acusado é posto em liberdade no Rio Grande do Sul e outro é mantido preso em Santa Catarina. Há que se ter cuidado com o manejo dos princípios e mormente com esse corriqueiro ‘sopesamento’²⁰¹. (STRECK, 2012, pp. 49-50).

²⁰² STRECK, 2009a, p. 537

²⁰³ Quanto a necessidade de superação do esquema sujeito-objeto na nova hermenêutica do Estado Democrático de Direito, fundada no paradigma da autonomia do direito, entende Lenio Streck: “coloca em xeque os modos procedimentais de acesso ao conhecimento. E isso tem consequências sérias, e não pode ser ignorado pelos juristas preocupados com a democracia. [...] O direito que exsurge do paradigma do Estado Democrático de Direito (Estado Constitucional forjado a partir do segundo pós-guerra) deve ser compreendido no contexto de uma crescente autonomização do direito, alcançada diante dos fracassos da falta de controle da e sobre a política. A Constituição, nos moldes construídos no interior daquilo que denominamos de neoconstitucionalismo (se assim se quiser, é claro) é, assim, a manifestação desse grau de autonomia do direito, isto é, deve ser entendido como a sua dimensão autônoma face às outras dimensões com ele intercambiáveis, como, por exemplo, a política, a economia e a moral. Essa autonomização dá-se no contexto histórico do século XX, tendo atingido o seu auge com a elaboração das Constituições sociais, compromissórias e dirigentes do segundo pós-guerra. Com efeito, entendo ser possível encontrar uma resposta constitucionalmente adequada para cada problema jurídico (como explícito em meu Verdade e Consenso desde a primeira edição). Hermenêutica é aplicação. Não há respostas, a priori, que exsurjam de procedimentos (métodos ou fórmulas de resolução de conflitos). Em outras palavras, definitivamente, não percebemos primeiro o texto para depois acoplar-lhe o sentido (a norma). Ou seja, na medida em que o ato de interpretar – que é sempre compreensivo – é unitário, o texto não está – e não nos aparece – desnudo, à nossa disposição. A *applicatio* evita a arbitrariedade na atribuição de sentido, porque é decorrente da antecipação (de sentido) que é própria da hermenêutica de cariz filosófico [...] (STRECK, 2010a, p. 162-165). Ainda, acerca da necessidade de superação do esquema sujeito-objeto, segue assertiva de Fábio de Oliveira: “o caráter normativo dos princípios não é produto automático de um texto constitucional, como se o texto já dispusesse, por si mesmo, autonomamente, o significado dos seus vocábulos, dispusesse

possibilidade da existência de interpretações que se sustentam naquilo que denomina de “ideologia do caso concreto”²⁰⁴, a decisão fundamentada com integridade e coerência interpretativa do direito²⁰⁵.

A discricionariedade na interpretação dos textos jurídicos sob o fundamento do uso da ponderação de princípios ou de sua criação retórica tem por consequência a criação de um “estado de natureza interpretativo”²⁰⁶, no qual o intérprete decide segundo seu sentir²⁰⁷ qual

que princípio é norma. Esta percepção é refém da filosofia da consciência, da separação entre sujeito e objeto. A Constituição não é apenas o seu texto, é texto interpretado/aplicado, é texto vivenciado. (OLIVEIRA, 2010, p. 7).

²⁰⁴ Lenio Streck ao tratar da ideologia do caso concreto, afirma que: “a tese da resposta correta em um sistema “não avançado” (lembremos a observação de Dworkin sobre a temática, com a qual não é possível concordar) não é uma possibilidade, e sim, uma necessidade. Como já explicitado anteriormente, isso implica a superação do esquema sujeito-objeto, a partir dos dois teoremas fundamentais da hermenêutica: o círculo hermenêutico e a diferença ontológica. Com isso, ultrapassa-se qualquer possibilidade da existência de grau(s) zero(s) de sentido – que se sustentam naquilo que venho denominando de “ideologia do caso concreto” –, resgatando a tradição autêntica (sentido da Constituição compreendido como o resgate das promessas da modernidade) e reconstruindo, a partir dessas “premissas”, em cada caso, a integridade e a coerência interpretativa do direito. (STRECK, 2010b, p. 29)

²⁰⁵ STRECK, 2008, p. 150.

²⁰⁶ No que diz respeito ao estado de natureza interpretativo, decorrente do uso da discricionariedade na interpretação dos textos jurídicos, sob o fundamento da teoria alexyana. Assevera Streck: “Paradoxalmente, depois dessa revolução copernicana representada pelo acentuado grau de autonomia do direito conquistado no Estado Democrático de Direito, está-se diante de uma crescente perda da sua autonomia, que pode ser interpretada simbolicamente, nestes tempos duros de pós-positivismo, a partir das diversas teses que apostam na análise econômica do direito, no interior das quais as regras e os princípios jurídico-constitucionais só têm sentido funcionalmente (essa questão vem conquistando terreno no direito tributário, por exemplo). Ou seja, dentro de uma dimensão absolutamente pragmática, o direito não tem DNA. Para as diversas posturas pragmático-axiológicas, também não faz sentido ligar o direito à tradição. Por isso, não se fala em perspectiva interna. Compreendido exogenamente, o direito deve apenas servir para “satisfazer”, de forma utilitária, às necessidades “sociais”. É por isso que o direito é visto essencialmente indeterminado, no que – e essa questão assume relevância no contexto da inefetividade da Constituição brasileira – tais posturas se aproximam, perigosamente, dos diversos matizes positivistas, que continuam a apostar em elevados graus de discricionariedade na interpretação do direito. O que os liga é uma espécie de grau zero de sentido. Trata-se de lidar com a maximização do

poder: o princípio que gere as relações institucionais entre a política e o direito é o poder de o dizer em última ratio. Em síntese, a velha “vontade do poder” (Wille zur Macht) de Nietzsche. (STRECK, 2010a, p. 164.)

²⁰⁷ Citam-se algumas sentenças em que os fundamentos decisórios, vieram embasados no “sentir” do magistrado: "PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS PREVENTIVO. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. FUNCIONÁRIA PÚBLICA NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. ILEGALIDADE. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. O Eg. Superior Tribunal de Justiça, notadamente a Col. Quinta Turma, contrariando parte da doutrina, assentou entendimento segundo o qual é possível a prática do crime de desobediência por funcionário público, no exercício de suas funções. Precedente. Em qualquer das teses acerca da possibilidade do funcionário público, no exercício de suas funções, praticar o crime de desobediência, mostra-se inviável, **a meu sentir, a ameaça de prisão em flagrante da paciente, porquanto se trata de crime de menor potencial ofensivo.**" Ordem deferida para afastar a ameaça de prisão. (STJ, HC 30390 AL 2003/0162430-7, Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA; 03/02/2004, DJ 25.02.2004 p. 200). (Grifo acrescido)

Agravo em Execução. Objetiva que o período de remição seja computado como pena efetivamente cumprida. Impossibilidade. Agravo improvido. Em que pesem as razões coligidas, ao meu sentir, razão não lhe assiste. [...] **No entanto, ao meu sentir, o tempo remido deve ser abatido do tempo total de pena e o novo quantum servirá para que sejam estabelecidos novos marcos temporais para aquisição de benefícios. Ante o exposto, nego provimento ao agravo.** (TJ-SP, Relator: Péricles Piza, Data de Julgamento: 07/02/2011, 1ª Câmara de Direito Criminal). (Grifo acrescido)

APELAÇÃO CÍVEL. COBRANÇA. SEGURO DE VIDA. REVELIA DA SEGURADORA. POSSIBILIDADE DE ANÁLISE DAS MATÉRIAS VENTILADAS NA APELAÇÃO, POSTO QUE EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO. MORTE NATURAL. PRAZO DE CARÊNCIA DE 12 MESES. CONSTATADA FALHA NA INFORMAÇÃO AO CONSUMIDOR, A RESPEITO DE CLÁUSULA RESTRITIVA DE SEU DIREITO. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 46 DO CÓDIGO CONSUMERISTA. MANUTENÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR. " SEGURO DE VIDA - MORTE NATURAL - PRAZO DE CARÊNCIA - INFORMAÇÃO DEFICITÁRIA AO CONSUMIDOR - CLÁUSULA LIMITATIVA DE DIREITO AO CONSUMIDOR - INAPLICABILIDADE NO CASO CONCRETO - DEVER DE INDENIZAR - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 2011.002173-0, de Anchieta, rel. Des. Guilherme Nunes Born, dje. em 7.11.2011). [...] **Ao meu sentir, o caso concreto, não é de ser aplicada a devida informação ao consumidor, em contrato de adesão, onde apenas de forma tímida, constou a informação, na proposta, sem apresentação da apólice e mais, para o**

seria o princípio aplicável. Uma interpretação na qual o aplicador da norma estabelece por si só “seus “domínios de sentido”, com seus próprios métodos, metáforas, metonímias, justificativas, etc. Os sentidos “lhe pertencem”, como se estes estivessem a sua disposição, em uma espécie de reedição da “relação de propriedade” (neo)feudal²⁰⁸”.

Nesse cenário o intérprete impera de modo subjetivo decidindo o sentido de um princípio, qual seria mais importante – pelo método da ponderação - ou, até mesmo, criando um novo princípio para fundamentar sua decisão. No entanto, a análise da situação concreta não pode servir de desculpa para uma justificação que se limite a dizer que a decisão foi tomada de uma forma e não de outra “face às peculiaridades

segurado de parques conhecimentos, tendo em vista a qualificação de agricultor. Nesta situação, verificado restou que a seguradora deixou de agir corretamente, faltou com as cautelas disponíveis e corretas para o caso concreto. [...] PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2012.041246-0, de Mondai, rel. Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior, j. 25-09-2012). (Grifo acrescido)

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA DA ALESC. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ATO ADMINISTRATIVO REVERTENDO A INATIVIDADE E CONVOCANDO-A A RETORNAR ÀS SUAS FUNÇÕES. AUSÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, QUE ABARCA O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA. PRECEITO CONSTITUCIONAL QUE DEVE SER RESPEITADO. SEGURANÇA CONCEDIDA. **“Destarte, num juízo de ponderação, no enfoque do caso concreto, em que conflitam os princípios da moralidade administrativa e da legalidade de um lado e do outro o princípio do devido processo legal e seus corolários, que são o contraditório e a ampla defesa, ao meu sentir, a balança deve pender no sentido de garantir ao impetrante a instauração do regular processo administrativo** para que, após sua conclusão, se admita operar modificações no direito do impetrante. Violar garantia tal, seria ferir de morte os ideais de um Estado Democrático de Direito” (Agravado (art. 16 da Lei n. 12.016/2009, da Capital, rel. Des. Sérgio Baasch Luz, julgado em 26-10-2011). AGRAVO DO ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 12.016/2009. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO QUE DEFERIU A LIMINAR. JULGAMENTO DE MÉRITO. PRESCINDIBILIDADE DE EXAME. RECURSO PREJUDICADO. (TJSC, Mandado de Segurança n. 2011.077360-2, da Capital, rel. Des. José Volpato de Souza, j. 13-06-2012). (Grifo acrescido).

²⁰⁸ STRECK, 2009a, p. 545.

do caso concreto”, com fundamentos subjetivistas, sob pena de também violar o princípio da fundamentação das decisões²⁰⁹.

Assim, no plano de uma teoria da hermenêutica adequada, o magistrado não deve decidir fundamentado única e exclusivamente em seu juízo pessoal,

levados por argumentos que afastam o conteúdo de uma lei – democraticamente legitimada – com base numa suposta “superação” da literalidade do texto legal. Insisto: literalidade e ambiguidade são conceitos intercambiáveis que não são esclarecidos numa dimensão simplesmente abstrata de análise dos signos que compõem um enunciado. Tais questões sempre remetem a um plano de profundidade que carrega consigo o contexto no qual a enunciação tem sua origem. Esse é o problema hermenêutico que devemos enfrentar! Problema esse que argumentos despistadores como tal só fazem esconder e, o que é mais grave, com riscos de macular o pacto democrático²¹⁰.

Pelo contrário, a interpretação e aplicação do direito devem ser construídas por uma reflexão crítica, embasada em pressupostos interpretativos que superem a teoria epistemológica de princípios, diferentemente do que prega a teoria de Alexy, na qual o juiz, para enfrentar a indeterminabilidade do texto normativo, parte de um paradigma metafísico da significação de um princípio dando-lhe ares de objetividade, mas decidindo subjetivamente.

²⁰⁹ STRECK, 2009a, p. 558.

Lenio Streck afirma que decisões mal fundamentadas seriam inconstitucionais, portanto, nulas de pleno direito. Fundamenta seu entendimento sob os aportes do “princípio da fundamentação das decisões”. (STRECK, 2009a, p. 571). Veja-se a literalidade do artigo: “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

²¹⁰ STRECK, 2010a, p. 173.

Insista-se: “*consciência e mundo, linguagem e objeto, sentido e percepção, teoria e prática, texto e norma, vigência e validade, regra e princípio, casos simples e casos difíceis, discursos de justificação e discursos de aplicação*”²¹¹, são dualismos que se instalaram no nosso imaginário, sustentados pelo esquema sujeito-objeto, mas que não podem prevalecer²¹².

Para além das conceitualizações, não pode haver decisão judicial que não seja fundamentada e justificada em um todo coerente de princípios que repercutam a história institucional do direito, superando a discricionariedade a partir do dever fundamental de resposta correta²¹³ que recai sobre o juiz no contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito²¹⁴.

De modo a diminuir os problemas antes apresentados, torna-se necessária uma filtragem hermenêutico-constitucional nesse universo de princípios-padrão com pretensões de normatividade, de modo a “*evitar ativismos, necessariamente ligados a práticas discricionárias e/ou*

²¹¹ STRECK, 2010a, p. 166.

²¹² *Ibidem*.

²¹³ Acerca do dever fundamental da resposta correta, leciona Lenio Streck: “Com efeito, entendo ser possível encontrar uma resposta constitucionalmente adequada para cada problema jurídico (como explicito em meu Verdade e Consenso desde a primeira edição). Hermenêutica é aplicação. Não há respostas, a priori, que exsurjam de procedimentos (métodos ou fórmulas de resolução de conflitos). Em outras palavras, definitivamente, não percebemos primeiro o texto para depois acoplar-lhe o sentido (a norma). Ou seja, na medida em que o ato de interpretar – que é sempre compreensivo – é unitário, o texto não está – e não nos aparece – desnudo, à nossa disposição. A *applicatio* evita a arbitrariedade na atribuição de sentido, porque é decorrente da antecipação (de sentido) que é própria da hermenêutica de cariz filosófico. [...] Numa palavra, a resposta constitucionalmente adequada é o ponto de estofo em que exsurge o sentido do caso concerto (da coisa mesma). Na coisa mesma (Sache selbst), nessa síntese hermenêutica, está o que se pode denominar de a resposta hermenêuticamente (mais) adequada, que é dada sempre e somente na situação concreta. Este é o salto que a hermenêutica dá em relação às teorias da argumentação, que são procedimentais. A tese da resposta hermenêuticamente (p. 165) adequada é, assim, corolária da superação do positivismo – que é discricionário, abrindo espaço para várias respostas e a conseqüente livre escolha do juiz – pelo (neo)constitucionalismo, sustentado em discursos de aplicação, intersubjetivos, em que os princípios têm o condão de recuperar a realidade que sempre sobra no positivismo”. (STRECK, 2010a, pp. 165-166).

²¹⁴ STRECK, 2010a, p. 163.

*arbitrárias*²¹⁵”. A utilização e/ou criação de princípios e o seu emprego exclusivo como fundamentos decisórios, destituídos de regras à conferirem-lhe concretude, não devem servir à discricionariedades e ao ativismo judicial, a decisão deve ser proferida a partir de uma detalhada fundamentação, respeitada a coerência e integridade do direito, produzido democraticamente, “*decidir não é sinônimo de escolher*”²¹⁶.

2.3 CONSTITUIÇÃO REGULATÓRIA *VERSUS* CONSTITUIÇÃO PRINCIPIOLÓGICA – HUMBERTO ÀVILA

Humberto Àvila, por sua vez, afirma que o estudo dos princípios jurídicos ganhou força no Brasil a partir o movimento neoconstitucionalista com a inserção dos princípios²¹⁷ nas Constituições do pós guerra, de que seria exemplo a Magna Carta de 1988²¹⁸. Segundo ele, a vertente neoconstitucionalista pretende transformar as

²¹⁵ STRECK, 2009a, p. 544.

²¹⁶ STRECK, 2012, p. 97.

²¹⁷ Acerca da divergência de significados atribuídos ao conceito de princípios jurídicos, assevera Humberto Àvila que: “A definição de princípios jurídicos e sua distinção relativamente às regras depende do critério em função do qual a distinção é estabelecida. Ao contrário dos objetos materiais (coisas), cujo consenso em torno de sua denominação é mais fácil pela referência que fazem a objetos sensorialmente perceptíveis, as categorias jurídicas, entre as quais se inserem os princípios, são instrumentos analíticos abstratos (linguisticamente formulados). Por isso mesmo é mais difícil haver uma só definição de princípio, já que a sua distinção relativamente às regras depende muito intensamente do critério distintivo empregado (se quanto à formulação, ao conteúdo, à estrutura lógica, à posição no ordenamento jurídico, à função na interpretação e aplicação do Direito, etc.), do fundamento teórico utilizado (se positivista, jusnaturalista, normativista, realista, etc.) e da finalidade para a qual é feita (se descritiva, aplicativa, etc.). Daí a afirmação de GUASTINI, segundo a qual não se deveria sequer buscar uma definição unitária dos princípios jurídicos, mas apenas aceitar, primeiro, que alguns autores o utilizam com um significado e outros com outro e, segundo, que o termo princípio pode referir-se a vários fenômenos, e não somente a um só. Isso explica porque há tanta divergência quanto ao significado dos princípios. Chega-se mesmo a afirmar que haveria quase tantas definições de princípios quantos são os autores que sobre eles escrevem”. (ÁVILA, Humberto. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001, p. 5. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 05.12.2014)

²¹⁸ ÁVILA, 2009, p. 2.

Constituições de regulatórios em principiológicas, tendo em vista a ênfase dada ao princípios. No entanto, “*a estrutura normativa típica da Constituição Brasileira de 1988, no aspecto quantitativo*²¹⁹”, é a de “*Constituição regulatória*” e, não, como costumeiramente se tem afirmado, “*Constituição principiológica*²²⁰”.

A característica regulatória da Constituição estaria claramente demonstrada no texto constitucional que, apesar de possuir princípios e regras, sendo inviável intitulá-la exclusivamente “regulatória” ou “principiológica”, apresenta preponderância quantitativa de regras nas matérias disciplinadas pelo legislador ordinário.

A predominância do caráter regulatório seria observada, devido ao fato de que apenas no Título I, da Constituição Federal brasileira, vem disposto um capítulo exclusivo sobre princípios, sendo todo o restante do texto constitucional composto por alguns princípios esparsos e regras, muitas regras, que descrevem o que é permitido, proibido ou obrigatório. Em outras palavras, a opção constitucional foi, primordialmente, pela instituição de regras:

Com efeito, embora ela contenha, no Título I, princípios, todo o restante do seu texto é composto de alguns princípios e muitas, muitas regras: o Título II (Direitos e Garantias Fundamentais), o Título III (Organização do Estado), o Título IV (Organização dos Poderes), o Título V (Defesa do Estado e das Instituições Democráticas), o Título VI (Tributação e Orçamento), o Título VII (Ordem Econômica), o Título VIII (Ordem Social), o Título IX (Disposições Constitucionais Gerais) e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, são compostos, basicamente, de normas que descrevem o que é permitido, proibido ou obrigatório, definindo, atribuindo, delimitando ou reservando fontes, autoridades, procedimentos, matérias, instrumentos, direitos. Em outras palavras, a opção constitucional foi, primordialmente, pela instituição de regras e, não, de princípios. Tanto que a Constituição Brasileira de 1988 é qualificada de “analítica”, justamente por ser detalhista e pormenorizada, características

²¹⁹ ÀVILA, 2009, p. 3.

²²⁰ *Ibidem*

estruturalmente vinculadas à existência de regras, em vez de princípios. Essa característica, aliás, compõe o diferencial da Constituição Brasileira de 1988 relativamente a outras constituições, como a estadunidense e a alemã, para usar dois exemplos paradigmáticos, cada qual com suas particularidades. A leitura do ordenamento constitucional facilmente comprova essa constatação - a Constituição Brasileira de 1988 é uma Constituição de regras²²¹.

A escolha do legislador pelo predomínio das regras, deve-se ao fato de que elas descrevem as condutas, diminuindo a arbitrariedade e a incerteza no ato decisório. No entanto, o momento histórico atual, do pós-positivismo, ocasião na qual o neoconstitucionalismo com sua máxima principiológica encontra-se em ascensão, a interpretação constitucional parte do entendimento de que o juiz – aqui tratado como o intérprete da lei em sentido amplo-, deve saltar da esfera estritamente legalista para realizar a ponderação de princípios, que no novo constitucionalismo teria sido adotada como critério geral de aplicação do direito.

No Brasil, a interpretação e aplicação dos princípios jurídicos na fundamentação de decisões concretas é realizada, de forma praticamente unânime, com base nos aportes da teoria dos princípios desenvolvida por Robert Alexy, com a utilização do método da ponderação. De acordo com Humberto Ávila esse método careceria de critérios objetivos de aplicação, conseqüentemente, a utilização da ponderação no ato decisório ensejaria em decisões subjetivas, tomadas com base numa aplicação retórica dos princípios jurídicos. Assim, o método da ponderação possibilitaria que o intérprete considerasse como descartáveis normas que a Constituição quis resistentes, realizando *“uma ponderação horizontal, flexibilizando aquilo que ela (a Constituição) quis objetivamente enrijecer”*²²².

O fundamento de que os princípios *“sempre deverão ser utilizados, pois sempre poderão servir, dada a sua abrangência, de fundamento para uma decisão”*²²³, caracteriza a utilização desmedida da ponderação e teria como consequência um anti-escalonamento da ordem jurídica, com a extinção da função legislativa. Ou seja, segundo Ávila, a

²²¹ ÀVILA, 2009, p. 4.

²²² ÀVILA, 2009, p. 6.

²²³ ÀVILA, 2009, p. 8.

interpretação centrada nos princípios constitucionais, característica da importada corrente neoconstitucionalista, não encontra respaldo na ordem constitucional brasileira. Caso assim fosse todas as outras manifestações normativas teriam um papel secundário em face dos princípios constitucionais²²⁴.

Desse modo, a ponderação desmedida deve ser afastada, pois não leva à construção de critérios para a solução de futuros casos semelhantes, mas, antes, conduz ao aumento da insegurança jurídica, na medida em que não contribui para a redução do efeito-surpresa de posteriores decisões. A interpretação feita com aportes na racionalidade do direito²²⁵ exige consistência constitucional e adequação social do direito, não pode significar uma resposta direcionada à pretensões particulares.

²²⁴ *Ibidem*.

²²⁵ Em análise crítica à utilização da “racionalidade do direito” na hermenêutica jurídica, manifesta-se Lenio Streck: “É nesse sentido que, ao ser antirrelativista, a hermenêutica funciona como uma blindagem contra interpretações arbitrárias e discricionariedades e/ou decisionismos por parte dos juízes. Veja-se: alguns críticos da hermenêutica – e cito, por todos, o talentoso Daniel Sarmiento – acusam-na de ser irracionalista. E o faz criticando o fato de eu apostar na pré-compreensão como limite ao decisionismo judicial. Para ele, pensar que a pré-compreensão é um limite para a atribuição de sentido, nos moldes que eu proclamo, é um equívoco, “sobretudo diante do fato de que, no quadro de uma sociedade plural e fragmentada como a nossa, coexistem múltiplas visões do mundo disputando espaço”. Sarmiento propõe, assim: “(...) não o abandono da pré-compreensão na hermenêutica constitucional – o que não seria possível, em vista da natureza incontornavelmente ‘situada’ de cada intérprete, nem tampouco desejável, já que a interpretação da Constituição não pode se deslocar completamente da cultura da sociedade em que ela vige – mas a necessidade de submetê-la a uma filtragem, a partir do exercício de uma racionalidade crítica, que tome como premissa a ideia de que todas as pessoas devem ser tratadas como livres e iguais”. À evidência, tenho várias objeções à tese de Sarmiento. Antes de tudo, a hermenêutica filosófica (penso que é ela que o autor critica) não pode ser “regionalizada”, como, por exemplo, “hermenêutica constitucional” ou “hermenêutica a ser feita em países com ‘múltiplas visões de mundo disputando espaço’” (sic). Hermenêutica é filosofia; consequentemente, não há modos diferentes de interpretar, por exemplo, o direito penal, o direito civil, o direito constitucional, o cotidiano, a mídia, etc. Esse é o caráter de universalização da hermenêutica e não de regionalização (se assim se quiser dizer). (STRECK, Lenio Luiz. *O Problema da Decisão Jurídica em Tempos Pós-positivistas*. In: Revista de Estudos Jurídicos. 2º Quadrimestre, 2009b, p. 12).

Assim, o uso indiscriminado de princípios como fundamento decisório, nos casos em que existe uma regra apta à discipliná-lo, não é compatível com o Estado Democrático de Direito:

Ao se admitir o uso dos princípios constitucionais, mesmo naquelas situações em que as regras legais são compatíveis com a Constituição e o emprego dos princípios ultrapassa a interpretação teleológica pelo abandono da hipótese legal, está-se, ao mesmo tempo, consentindo com a desvalorização da função legislativa e, por decorrência, com a depreciação do papel democrático do Poder Legislativo. [...] Eis o paradoxo: a interpretação centrada nos princípios constitucionais culmina com a violação de três princípios constitucionais fundamentais — os princípios democrático, da legalidade e da separação dos Poderes²²⁶.

Percebe-se que a utilização de princípios em detrimento das regras, leva à perda de significado da supremacia constitucional, tanto a Constituição quanto as regras infraconstitucionais deixam de servir de referência. Explica-se: as decisões fundamentadas pela retórica principialista e pelo uso da ponderação, com a criação de pseudoprincípios²²⁷, passam a desconsiderá-las. Para Àvila, este ponto

²²⁶ ÀVILA, 2009, p. 8.

²²⁷ O termo pseudoprincípios foi designado por Lenio Streck, como enunciados com pretensões performativas “que vicejam em dissertações, teses, acórdãos e cardápios de cursinhos de preparação. Cito, de cabeça, alguns como “princípio” da confiança no juiz da causa, proibição do atalhamento constitucional (este deve ser indicado ao oscar dos princípios), da pacificação e reconciliação nacional, da *eventual ausência do plenário (nesse, a deontologia é ontológica!)*, do livre convencimento, da livre apreciação da prova, da rotatividade (também conhecido como princípio Fogo de Chão por causa da remessa ao significante “rodízio”), do deduzido e do dedutível, da proibição do desvio de poder constituinte, da parcelaridade (princípio Casas Bahia), do subprincípio da promoção pessoal (princípio série B ou princípio *Instagram*), da *nulidade do ato inconstitucional* (cuja inutilidade é autoexplicativa), etc. Trata-se de uma bolha especulativa dos princípios, espécie de *subprime* do Direito. Ou seja: uma fábrica de derivados e derivativos”. (STRECK, Lenio Luiz. *Por analogia, advogados devem invocar em seu favor o princípio da amorosidade!*. In: Boletim de notícias conjur. Setembro de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 10.02. 2015).

problemático do novo constitucionalismo demonstraria a importância de insistir na eficácia das regras frente aos princípios, como salvaguarda à liberdade de configuração do Poder Legislativo, no lugar de simplesmente exaltar a importância dos princípios e da ponderação, pois *“o paradigma da ponderação conduz a um subjetivismo e, com isso, à eliminação ou severa redução do caráter heterolimitador do Direito”*²²⁸.

Àvila frisa que a adoção de um paradigma da ponderação conduz a um subjetivismo eliminando a autonomia do direito, a norma passaria a ser um aconselhamento, perdendo sua imperatividade. Ou seja, a utilização de uma norma em um caso concreto passaria a depender do aplicador, deixa de ser imperativa transformando-se em um elemento que pode ou não servir de orientação da conduta do juiz. O aplicador da norma será quem decidirá, no ato da ponderação, se ela será ou não utilizada, num exercício que se realiza sem critérios objetivos.

Assim, a ausência de critérios antecipados e objetivos para a execução do método da ponderação, permite que o juiz, que deveria reconstruir um sentido normativo anterior e exterior, o construa decidindo, ele próprio, o que a Constituição atribuiu ao Poder Legislativo definir, tal circunstância leva à supressão do caráter orientador do direito e suprime a função legislativa²²⁹. A utilização descriteriosa do ponderacionismo conduz à perda da imperatividade da norma e ao subjetivismo:

²²⁸ Segundo Àvila um dos maiores problemas encontrados na utilização do método da ponderação seria o fato de que sua adoção conduzir ao subjetivismo, eliminando o caráter heterolimitador do direito. A norma deixa de ser independente do seu aplicador, perdendo sua imperatividade. Ou seja, o juiz que vai decidir se a norma vai ser ou não aplicada no caso, aplica a ponderação conforme seu próprio entendimento. Nas suas palavras: “o paradigma da ponderação conduz a um subjetivismo e, com isso, à eliminação ou severa redução do caráter heterolimitador do Direito. Uma norma jurídica (ou mandamento) diferencia-se de um conselho por dever ser considerada e por dever servir de orientação para a conduta a ser adotada. Um conselho é aquilo que não precisa ser levado em consideração, mas mesmo que o seja, não necessariamente precisa orientar a conduta a ser adotada. Além de dever servir de critério orientador da conduta, um mandamento caracteriza-se por ser externo e autônomo relativamente ao seu destinatário: o mandamento só exerce sua função de guia de conduta se for independente do seu destinatário. E para ser independente do seu destinatário, ele precisa ser por ele minimamente reconhecível antes da conduta ser adotada. (ÁVILA, 2009, p. 9).

²²⁹ ÀVILA, 2009, p. 10.

É preciso dizer, no entanto, que não é a ponderação, enquanto tal, que conduz à constitucionalização do Direito, à desconsideração das regras (constitucionais e legais), à desvalorização da função legislativa e ao subjetivismo. O que provoca essas consequências é a concepção de ponderação segundo a qual os princípios constitucionais devem ser usados sempre que eles puderem servir de fundamento para uma decisão, independentemente e por cima de regras, constitucionais e legais, existentes, e de critérios objetivos para sua utilização. Uma ponderação, orientada por critérios objetivos prévios que harmonize a divisão de competências com os princípios fundamentais, num sistema de separação de Poderes, não leva inevitavelmente a esses problemas²³⁰.

Acerca dos perigos advindos do uso excessivo da ponderação de princípios, Humberto Ávila ressalta a arbitrariedade das decisões e a preponderância do Poder Judiciário frente aos demais poderes constitucionais, notadamente, do Poder Legislativo. Segundo ele, é inviável que o Poder Judiciário assuma, em qualquer matéria e em qualquer intensidade, a prevalência na determinação da solução entre conflitos morais porque, num Estado de Democrático de Direito, vigente numa sociedade complexa e plural, deve haver regras gerais destinadas a estabilizar conflitos morais e reduzir a incerteza e a arbitrariedade, cabendo a sua edição ao Poder Legislativo e a sua aplicação ao Judiciário²³¹.

Em síntese: o autor prega que a utilização dos princípios jurídicos não pode servir para diminuir a importância do Poder Legislativo, especialmente diante da Constituição do país que notoriamente prevê *“que nada poderá ser exigido senão em virtude de lei e de prever que todo poder emana do povo”*²³².

Assim, através da análise da utilização dos princípios no mundo jurídico, na obra “Teoria dos Princípios”, Humberto Ávila trata de distinguir as regras dos princípios, esmiuçando seus conceitos, aspectos da garantia de sua aplicação e de sua efetividade.

²³⁰ *Ibidem.*

²³¹ ÀVILA, 2009, p. 17.

²³² *Ibidem.*

Partindo de uma crítica à Ronald Dworkin, afirma que, a distinção entre princípios e regras não pode ser baseada no suposto método tudo-ou-nada de aplicação das regras, pois tanto a aplicação das regras quanto dos princípios realiza-se diante do caso concreto, sendo necessária a efetivação de um processo prévio de interpretação que demonstre quais as consequências que serão implementadas na solução da hipótese. Desse modo, somente a aplicação diante do caso a ser decidido irá corroborar para justificar as hipóteses anteriormente havidas como automáticas²³³.

Em sua teoria dos princípios parte da compreensão de que se chega ao significado da norma através da concretização de uma situação de fato, determinada na hipótese normativa. E, a hipótese normativa adequada à situação de fato seria mais facilmente compreendida nas regras do que nos princípios, pois:

Ambas, em maior ou menor grau, precisam de condições reais para sua incidência. A diferença existente reside não na condicionalidade propriamente dita, mas na ligação da previsão normativa com a concretização de fins ou de condutas. Nesse sentido, as regras consistiriam em normas de conduta, e os princípios em normas finalísticas (ou de tarefas). Fins, como já afirmado, consistem em estados (ou bens abstratos) desejados. Normas finalísticas estabelecem a realização (não os fins propriamente) de estados desejados — fins — como devidos. O fim é conteúdo imediato das normas finalísticas. O conteúdo mediato consiste nas condutas a serem tomadas para a realização dos fins devidos. [...] Essas considerações levam à seguinte conclusão: tanto as normas de conduta quanto aquelas que estabelecem fins possuem a conduta como objeto. A única diferença é o grau de determinação quanto à conduta devida: nas normas finalísticas, a conduta devida é aquela adequada à realização dos fins; nas normas de conduta, há previsão direta da conduta devida, sem ligação direta com fins²³⁴.

²³³ ÁVILA, Humberto, 2005, p. 40.

²³⁴ ÁVILA, 2005, pp. 20-21 e 34

Tanto nas regras quanto nos princípios a distinção possível faz-se quanto à medida de ligação com fins e o grau de determinação da conduta devida. Sendo o critério de distinção entre princípios e regras de grau de determinação do fim e da conduta. Trata-se de uma distinção de grau de aplicabilidade da norma, baseada no critério de abstração da prescrição normativa, explicando o caráter *prima-facie* dos princípios, bem como sua posição no ordenamento jurídico²³⁵.

Segundo Àvila, a única verdadeira diferença constatável entre princípios e regras seria o grau de abstração anterior à interpretação, cuja verificação também dependeria de uma prévia interpretação. Nos princípios o grau de abstração seria maior relativamente à norma de comportamento a ser determinada, já que eles não se vinculam abstratamente uma situação específica. Já no caso das regras as consequências são mais facilmente verificáveis, ainda que devam ser demonstradas por meio do ato de aplicação²³⁶. Partindo dessas análises cria sua própria distinção entre regras e princípios:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção²³⁷.

Para Àvila, as regras descrevem a conduta que deverá ser cumprida, ao passo que os princípios por serem normas finalísticas, *“estabelecem um estado de coisas cuja promoção gradual depende dos efeitos decorrentes da adoção de comportamentos a ela necessários”*²³⁸. Em resumo: os princípios são normas cuja característica formal é,

²³⁵ ÀVILA, 2005, p. 21.

²³⁶ ÀVILA, 2005, p. 14.

²³⁷ ÀVILA, 2005, p. 70

²³⁸ ÀVILA, 2005, pp. 129-130.

precisamente, a determinação da efetivação de um fim juridicamente relevante, ao passo que a qualidade dianteira das regras é a previsão de um determinado comportamento²³⁹.

Desse modo, ambos, princípios e regras, consideram aspectos concretos e individuais, sendo que “*no caso dos princípios essa consideração de aspectos concretos e individuais é feita sem obstáculos institucionais*”²⁴⁰, já ao tratar-se das regras “*a consideração a aspectos concretos e individuais só pode ser feita com uma fundamentação capaz de ultrapassar a trincheira decorrente da concepção de que as regras devem ser obedecidas*”²⁴¹.

A interpretação de princípios é realizada sem obstáculos institucionais, na medida em que estabelecem uma razão para que os comportamentos necessários à sua promoção sejam adotados, sem descrever, diretamente, qual o comportamento devido. Os princípios seriam, portanto, normas de argumentação gerais, razões substanciais ou razões finalísticas, não indicando quais são, precisamente, os condutas a serem tomadas²⁴².

Quanto às regras, são normas argumentativas, qualificadas como “*razões de correção (rightness reasons) ou razões autorizativas (authority reasons)*”²⁴³, nesse caso, a própria regra funciona como razão para a adoção do comportamento. É dizer: adota-se o comportamento porque, independentemente dos seus efeitos, é correto, a autoridade proveniente da instituição e da vigência da regra funciona como razão de agir.

Assim, o modo como o intérprete justificará a aplicação dos significados preliminares dos dispositivos, como razões finalísticas ou como razões autorizativas, que permite o enquadramento da norma na espécie normativa princípio, ou na espécie normativa regra²⁴⁴.

Demais disso, a qualificação das normas como princípios depende, não só da denominação utilizada pelo legislador, mas da relação da prescrição normativa com fins e com a conduta que deles resulta. O que interessa não está previamente decidido pela estrutura normativa, mas é atribuída pelo aplicador diante do caso concreto.

²³⁹ ÀVILA, 2005, p. 130

²⁴⁰ *Ibidem*.

²⁴¹ ÀVILA, 2005, p. 41

²⁴² ÀVILA, 2005, pp. 40-41.

²⁴³ ÀVILA, 2005, p. 41.

²⁴⁴ *Ibidem*.

Desse modo, a definição de princípios como normas imediatamente finalísticas explica sua importância relativamente a outras normas que compõem o ordenamento jurídico. Possuindo menor grau de determinação do comando e maior generalidade relativamente aos destinatários, os princípios correlacionam-se com um maior número de normas (princípios e regras), na medida em que essas se deixam reconduzir ao conteúdo normativo dos princípios. Segundo Àvila, esse fato explicaria a hierarquia que se estabelece entre os princípios e demais normas do ordenamento e, conseqüentemente, a importância dos princípios na interpretação e aplicação do direito²⁴⁵.

Por conseguinte, Humberto Àvila entende que as teorias dos princípios importadas de outros países, conseqüentes do movimento de teorização e aplicação do direito conhecido por “neoconstitucionalismo”, não encontra suporte no direito constitucional pátrio, pois, conforme já explanado, para o autor a Constituição vigente seria antes regulatória do que principiológica, inadmitindo juízos discricionários baseados no sopesamento de princípios.

Em excerto da obra “Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais”, Marcelo Neves, traz interessante síntese acerca teoria dos princípios de Humberto Àvila. Veja-se:

“o neoconstitucionalismo”, ao desprezar as regras em nome da ênfase nos princípios constitucionais, não levaria em conta o próprio caráter da Constituição brasileira, que seria antes “regulatória” (“composta basicamente por regras”) do que “principiológica”; ao valorizar o paradigma da ponderação em detrimento da subsunção, não só conduziria ao “antiescalonamento da ordem jurídica” e aniquilaria com “as regras e com o exercício regular do princípio democrático”, mas, sobretudo, levaria a “um subjetivismo e, com isso, à eliminação do caráter heterolegitimador do Direito”, por não oferecer “critérios instersubjetivamente controláveis para a execução” da ponderação; ao dar prevalência à “justiça geral” em prejuízo da “justiça particular”, promoveria “incerteza” e “arbitrariedade”; por fim, ao atribuir proeminência do judiciário em relação ao legislativo (ou executivo), não

²⁴⁵ ÀVILA, 2005, pp. 22-23.

consideraria adequadamente as exigências do “Estado de Direito vigente numa sociedade complexa e plural”, nem as características de um “ordenamento jurídico que privilegia a participação democrática”. Com base nessas críticas, Àvila conclui que, o “neoconstitucionalismo”, no Brasil, “está mais para o que se poderia denominar, provocativamente, uma espécie enrustida de ‘não constitucionalismo’: um movimento ou uma ideologia que barulhentemente proclama e supervaloriza a Constituição enquanto silenciosamente promove sua desvalorização”²⁴⁶.

Para Àvila, tendo em vista a complexidade da sociedade atual e o *status* democrático do ordenamento constitucional brasileiro, somente por meio do debate e da participação democrática reservada ao Poder Legislativo para a elaboração de leis e aplicação delas pelo Poder Judiciário, que seria possível solucionar o grande número de matérias em debate no direito hoje.

No entanto, o novo direito constitucional brasileiro traduz-se no uso e abuso dos princípios jurídicos, do ponderacionismo, bem como numa grande ênfase ao dada ao Poder Judiciário em detrimento do Legislativo. Ocorre que a proeminência dada ao Judiciário conduz à permissividade do ativismo judicial desmedido que, em grande parte das vezes, provém da utilização irresponsável de princípios como fundamentos decisórios. Desse forma, o excesso de poder conferido ao Judiciário seria antidemocrático, pois o Legislativo, vinculado ao processo democrático, que teria condições de construir regras destinadas a estabilizar conflitos morais e reduzir a incerteza e a arbitrariedade em uma sociedade complexa, cabendo ao Poder Judiciário aplicá-las²⁴⁷.

Assim, a defesa da Constituição, bandeira carregada pelo novo direito constitucional, terminaria por violá-la, sendo deveras pertinentes os dizeres de Àvila de que o neoconstitucionalismo trata-se de uma espécie de “*“não-constitucionalismo”*: *um movimento ou uma ideologia que barulhentemente proclama a supervalorização da Constituição enquanto silenciosamente promove a sua desvalorização*”²⁴⁸.

²⁴⁶ NEVES, 2013, pp.176-177.

²⁴⁷ ÀVILA, 2009, p. 18

²⁴⁸ ÀVILA, 2009, p. 19.

2.4 A RELAÇÃO DE CIRCULARIDADE ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS – MARCELO NEVES

Por fim, Marcelo Neves, aponta os limites e equívocos da recepção da principiologia jurídica estrangeira²⁴⁹ na doutrina e prática constitucional brasileira, decorrente do fascínio doutrinário pelo neoconstitucionalismo. Segundo ele, o neoconstitucionalismo, tal qual difundido no Brasil traduz-se numa *“importação acrítica de construções teóricas e dogmáticas, sem o crivo seletivo de uma recepção jurídico-constitucionalmente apropriada”*²⁵⁰.

Assim, a importação de modelos construídos e desenvolvidos dentro de ambientes jurídicos bem diversos do nosso, fez com que a

²⁴⁹ Marcelo Neves parte de uma análise crítica das teorias dos princípios de Ronald Dworkin e Robert Alexy, para chegar à sua própria teoria: “A teoria do direito e da Constituição, assim como a dogmática constitucional, foi tomada por um fascínio pela principiologia jurídica desenvolvida por Ronald Dworkin desde os anos 1960 e reconstruída por Alexy a partir dos anos 1970. Foge ao objetivismo do presente trabalho uma análise exaustiva ou abrangente dos modelos construídos por esses juristas. Farei aqui uma breve exposição dos traços principais de suas compreensões da distinção entre princípios e regras, para que se tornem claras suas distâncias e proximidades em relação ao modelo a ser apresentado no Capítulo III”. (NEVES, 2013, p. 51). Termina por discordar, em partes, das teorias de ambos os autores, quanto à teoria de Dworkin, discorda de seu argumento de que seria possível enumerar todas as exceções às regras: “Um sistema de regras em que todas as exceções são enumeráveis é excessivamente simples. “Em teoria”, para usar uma expressão ao gosto de Dworkin, talvez se possa imaginar isso em relação às regras de um jogo de beisebol (exemplo típico de Dworkin) e o futebol. Em ordens jurídicas de uma sociedade complexa não cabe falar em exceções enumeráveis, nem mesmo teoricamente”. (NEVES, 2013, p. 60). E, no que diz respeito ao modelo de Alexy, discorda do seu modelo de otimização por considerar que não levaria em conta a complexidade das sociedades em que seria aplicado: “o modelo de otimização deixa a desejar, porque passa por cima do fato de se tratar de uma sociedade complexa, com diversos pontos de observação conforme a esfera social de que se parta (economia, ciência, técnica, política, direito, saúde, religião, arte, esporte, família, etc., e de um sistema jurídico que traduz internamente, conforme seus próprios critérios, essa pluralidade de ângulos. O que é otimizante em uma perspectiva não o é em outra”. (NEVES, 2013, p. 83).

²⁵⁰ NEVES, Marcelo. *Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal*. In: Observatório Constitucional, 27.10.2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 15.12.2014.

teoria dos princípios brasileira apresentasse diversas inconsistências. Segundo Neves:

No caso brasileiro, o fascínio pelos princípios sugere a superioridade intrínseca destes em relação às regras. A essa compreensão subjaz a ideia de que as regras constitucionais (completas, quando já superadas as questões de exceções e eventual ponderação) podem ser afastadas por princípios constitucionais em virtude da justiça inerente às decisões neles fundamentadas. Mas um modelo desse tipo implica uma negação fundamental de um dos aspectos do sistema jurídico que possibilita o processamento de decisões “justas”: a consistência. Um afastamento de regras a cada vez que se invoque retoricamente um princípio em nome da justiça, em uma sociedade complexa com várias leituras possíveis dos princípios, serve antes à acomodação de interesses concretos particulares. Em detrimento da força normativa da Constituição²⁵¹.

Ao desenvolver sua própria teoria dos princípios, caracterizada pela relação de circularidade entre regras e princípios, afirma que sua tese “*não se restringe a uma ‘desmistificação’ ou, para usar um termo em voga, a uma ‘desconstrução’ da teoria, da dogmática e da práticas jurídicas constitucionais*”²⁵². Mas, pretende levar a sério o uso dos princípios constitucionais dando enfoque à sua relação de complementariedade e tensão em relação as regras. Parte de um crítica ao uso abusivo dos princípios na prática jurídica brasileira, tendo em vista que os princípios servem para a abrir e enriquecer a cadeia argumentativa, possuem um caráter reflexivo em relação as regras, sendo incabível a invocação de princípios “*como panaceia para solucionar todos os males da nossa prática jurídica constitucional*”²⁵³.

Para o autor, a relação entre princípios e regras deve ser de equilíbrio instável entre consistência jurídica e adequação social. As duas normas jurídicas devem ser aplicadas em conjunto, pois o uso exclusivamente de princípios pode acarretar em decisões subjetivas escondidas sob o manto da moralidade, o direito nessas circunstâncias

²⁵¹ NEVES, 2013, p. 191.

²⁵² *Ibidem*.

²⁵³ NEVES, 2013, Prefácio.

serviria à interesses individuais. E, em contrapartida, um modelo exclusivo de regras conduz ao formalismo e à rigidez, tornando o direito indiferente aos problemas sociais.

Sabido que as sociedades tornam-se cada dias mais complexas e, por sua vez, os conflitos que nelas acontecem, a pura subsunção da regra ao caso deixa de ser suficiente, “palavras como “razoável”, “negligente”, “injusto” e “significativo”²⁵⁴”, possuem grande abertura semântica, podendo gerar diversas interpretações. Assim, quando palavras desse calibre vêm dispostas em regras fazem com que sua aplicação dependa de princípios que ultrapassem o significado da própria regra, adequando-a a solução do caso concreto²⁵⁵.

Tendo em vista que a complexidade do ambiente é diretamente proporcional à pluralidade²⁵⁶ de valores, interesses e expectativas

²⁵⁴ NEVES, 2013, p. 105.

Marcelo Neves inspirou-se em entendimento de Dworkin para chegar a essa conclusão. Veja-se o excerto da obra “Levando Direitos à Sério” de Ronald Dworkin: “Às vezes, regras ou princípios podem desempenhar papéis bastante semelhantes e a diferença entre eles reduz-se quase a uma questão de forma. A primeira seção do *Sherman Act* afirma que será nulo todo o contrato que implique proibição de comércio. A Suprema Corte teve que decidir se essa disposição deve ser tratada como uma regra, nos termos de sua própria formulação (anulando todos os contratos “que proíbem o comércio”, o que ocorre com quase todos os contratos) ou como se um princípio que fornece razão para a anulação de um contrato, na ausência de políticas contrárias em vigor. A Suprema Corte interpretou a disposição como uma regra, mas tratou-a como se ela contivesse a expressão “ não razoável” e como se proibisse apenas “a proibição de comércio não razoável”. Isso permitiu que tal disposição funcionasse, do ponto de vista lógico, como uma regra (sempre que um tribunal considera que uma proibição é “não razoável” está obrigado a considerar o contrato inválido) e, do ponto de vista substantivo, como um princípio (o tribunal deve levar em consideração vários outros princípios e políticas para determinar se uma proibição particular em circunstâncias econômicas e particulares é “não razoável”). Palavras como “razoável”, “negligente”, “injusto” e “significativo” desempenham frequentemente essa função. Quando uma regra inclui um desses termos, isso faz com que sua aplicação dependa, até certo ponto, de princípios e políticas que extrapolam a [própria] regra. A utilização desses termos faz com que essa regra se assemelhe mais a um princípio. Mas não chega a transformar a regra em princípio, pois até mesmo o menos restritivo desses termos restringe o tipo de princípios e políticas dos quais pode depender a regra”. (DWORKIN, 2012, pp. 44-45)

²⁵⁵ NEVES, 2013, p. 105.

²⁵⁶ Conforme assevera Joaquim José Cantilho: “Numa sociedade plural e

normativas contraditórias, “*os mecanismos e estruturas de observação de primeira ordem (regras) tornam-se insuficientes para viabilizar uma reprodução socialmente adequada dos respectivos sistemas*²⁵⁷”, sendo necessária a aplicação dos princípios como mecanismos reflexivos em relação às regras²⁵⁸.

Percebe-se, portanto, que, no contexto desenvolvido por Marcelo Neves, a interpretação e aplicação das regras e princípios constitucionais deve ocorrer conjuntamente, diante da complexidade do contexto social:

Uma Constituição formada apenas de regras seria, perante um contexto social hipercomplexo, inadequada. Os princípios constitucionais, por implicarem certa distância do caso a decidir e uma relação mais flexível entre o antecedente e consequente, são mais adequados a enfrentar a diversidade de expectativas normativas que circulam na sociedade. Por outro lado os princípios apresentam-se subcomplexos perante o caso a decidir. As regras, em sua estrutura mostram-se mais adequadas para oferecer fundamento imediato ao caso a decidir²⁵⁹.

Desse modo, as regras constitucionais passariam pelo crivo seletivo dos princípios, tornando-se estruturadas. Nesse sentido, as regras enquanto razões definitivas para a solução de controvérsias jurídicas são mecanismos de interpretação imediatas, mas seriam subcomplexas para oferecer critérios seletivos perante um pluralidade desordenada e conflituosa de expectativas normativas no âmbito da moral, dos valores e dos diversos sistemas funcionais da sociedade. Desse modo, os princípios constitucionais passam a ser um filtro essencial pelo qual devem passar as regras, em face da pluralidade de expectativas normativas existentes no ambiente do sistema jurídico, com ambição de abrangência moral.

complexa a constituição é sempre um produto de um ‘pacto’ entre forças políticas e sociais. Através da ‘barganha’ e de ‘argumentação’, de ‘convergência’ e diferenças, de cooperação na deliberação mesmo em caso de desacordos persistentes, foi possível chegar, no procedimento constituinte, a um compromisso constitucional ou, se preferirmos, a vários ‘compromissos constitucionais’.”(CANOTILHO, 1999, pp. 211-212).

²⁵⁷ NEVES, 2013, pp. 130-131.

²⁵⁸ NEVES, 2013, p. 131.

²⁵⁹ *Ibidem*.

Os princípios funcionariam, portanto, como mecanismos reflexivos, que servem ao desenvolvimento ou restrição do conteúdo das regras. Em face dos repertórios da lei cabe ao aplicador da norma, especialmente em caso de controvérsias sobre o padrão a ser seguido, estruturar o material normativo utilizando regras e princípios no plano da argumentação jurídica.

Diferenciando essas duas espécies normativas, Marcelo Neves afirma que *“as regras, servem melhor à consistência ou autorreferência do sistema jurídico, mas são limitadas no que diz respeito à adequação social do direito”*²⁶⁰, circunstância que as caracterizaria como mecanismo de interpretação imediata. Diferentemente dos princípios que possuem a característica de adequar o direito socialmente, em particular nos casos controversos mais complexos, o que os qualificaria como mecanismo de interpretação mediata. O autor, prossegue analisando argumentações orientadas com ênfase em cada uma dessas normas jurídicas:

Pode-se dizer que a argumentação orientada primariamente pelas regras constitucionais é uma argumentação formal, mediante a qual o sistema jurídico pratica a autorreferência, sendo-lhe fundamental “a necessidade de se chegar a uma decisão e de evitar um mergulho em toda a complexidade dos dados de fato do mundo [Weltsachverhalte]”. Já a argumentação orientada primariamente por princípios constitucionais pode ser vista como uma argumentação substancial, na qual o sistema pratica heterorreferência, evitando isolar-se mediante a argumentação formal²⁶¹.

A função do aplicador da norma é dar sentido ao texto, o que ocorre com o processo de interpretação, que funciona como um construtivo de normas jurídicas. Explica-se: analisando os princípios válidos no ordenamento jurídico o juiz (no sentido amplo) irá determinar a regra a ser aplicada ao caso concreto como razão definitiva, ou seja, os princípios são normas jurídicas vinculadas à determinação da regra jurídica que servirá de razão definitiva da solução do caso. Assim, a distinção entre eles e as regras só se torna relevante no plano da argumentação²⁶².

²⁶⁰ NEVES, 2013, p. 132.

²⁶¹ *Ibidem*.

²⁶² NEVES, 2013, pp. 126-127.

A diferença entre as duas espécies normativas não é de hierarquia, os princípios não são mais importantes que as regras e vice-versa, eles se relacionam de maneira “*circular, a diferença entre princípios e regras constitucionais, do ponto de vista de estática jurídica, envolve uma relação de pressuposição recíproca*”²⁶³. Princípios são normas no plano reflexivo, possibilitando o balizamento e a construção ou reconstrução de regras. E, regras, enquanto razões imediatas para normas de decisão, são condições de aplicação dos princípios para solução do caso concreto²⁶⁴.

Observando essa relação de interdependência, entre princípios e regras Marcelo Neves assevera que a invocação de princípios leva a uma observação de aplicabilidade mediata em relação ao caso a decidir e da norma de decisão. Por considerar os princípios de aplicabilidade mediata no ato interpretativo, não pretende negar seu caráter proposicional²⁶⁵, mas, sim, ressaltar que apenas à luz do princípio, enquanto princípio, não se consegue observar e determinar diretamente a relação entre o fato jurídico e sua eficácia jurídica concreta, haja vista que os princípios *prima facie* contam apenas com a hipótese normativa ampla, não podendo ser utilizados por si sós na solução de um caso específico²⁶⁶.

Por ser uma estrutura proposicional flexível no estabelecimento do vínculo entre antecedente e consequente normativo, os princípios seriam normas incompletas para fins de subsunção do fato à norma, característica de sua aplicabilidade mediata, precisando ser expressos em enunciados normativos, o que ocorre no processo concretizador do direito, à luz de uma regra “*possibilitando a transformação do suporte fático (concreto) em fato jurídico irradiador de efeitos jurídicos concretos*”²⁶⁷.

²⁶³ NEVES, 2013, p. 120.

²⁶⁴ NEVES, 2013, p. 103.

²⁶⁵ Segundo Neves o “caráter proposicional” diz respeito à possibilidade dos princípios de “ser expressos em um enunciado em que constem um antecedente e um consequente. Se não pudessem ser expressos em enunciados normativos, não teriam o caráter de norma jurídica. Ocorre que a relação entre antecedente (hipótese normativa do fato) e consequente (hipótese normativa do efeito jurídico) é flexível, importando uma “causalidade jurídica” incompleta. Apenas à luz do princípio, enquanto princípio, não se consegue observar e determinar diretamente a relação entre o fato jurídico e a sua eficácia jurídica concreta”. (NEVES, 2013, p. 123)

²⁶⁶ NEVES, 2013, pp. 122-123.

²⁶⁷ NEVES, 2013, p. 124.

No entanto, essa utilização de princípios como adequação do fato à norma, tem sido usada de modo equivocado, ao invés de serem empregados de maneira reflexiva, permitindo o desenvolvimento da regra para que seja adequadamente aplicada ao caso concreto, o uso dos princípios - dada a fascinação pela principilogia jurídica e o preconceito pelas regras por serem muito “engessadas” -, originou uma espécie de “retórica principialista”.

Conforme Marcelo Neves, a aplicação desmedida da principilogia no direito, caracterizada pela “inflação de princípios” cria inconsistências jurídicas e subordina o direito à interesses particulares:

Dissolvendo o direito amorfamente em seu ambiente e subordinando-o imediatamente às intrusões particularistas do poder, do dinheiro, dos moralismos intolerantes, dos valores excludentes inegociáveis etc. O caráter amorfo da fumaça principialista torna o direito inconsistente e, simultaneamente, não adequado aos fatores sociais do seu ambiente, mas sim subordinado imediatamente a eles. **Dai resulta a inflação de princípios, que pode levar, no limite, à desestabilização das expectativas normativas, à insegurança jurídica e à desconfiança no funcionamento da própria ordem constitucional**²⁶⁸. (Grifo acrescido)

Nesse contexto, os princípios apresentam-se como ponto de partida de uma argumentação redundante servindo para encobrir inconsistências do direito. Essa situação relaciona-se com o fato de que *“os princípios podem ser vistos como fórmulas de redundância (eles reduzem o grau de surpresa das decisões) que parecem ser compatíveis com qualquer medida de variedade do sistema”*²⁶⁹.

Ao tratar da retórica principialista em artigo intitulado “O abuso dos princípios no Supremo Tribunal Federal”, o autor traz como exemplo da utilização retórica de princípios no julgamento da ADI n. 4.638/DF, ocorrido em 2 de fevereiro de 2012. No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, que decidiu sobre o limite de atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a constitucionalidade da

²⁶⁸ NEVES, 2013, p. 133.

²⁶⁹ *Ibidem*.

resolução de n. 135/2011²⁷⁰ daquele órgão, o Ministro Luiz Fux defendeu que, para que fosse respeitado o princípio da dignidade humana, processos administrativos disciplinares contra magistrados deveriam ser sigilosos. De acordo com o Ministro, em uma ponderação de valores, o princípio da dignidade da pessoa humana prevaleceria sobre o interesse público, o que levaria à conclusão de que a aplicação das sanções deveria ser sigilosa, circunstância não abarcada pela referida Resolução, na qual o processos disciplinares contra os magistrados seguiriam os trâmites gerais²⁷¹.

Indaga-se, em que medida a dignidade humana estaria associada ao sigilo da aplicação de sanções? Tal ilação se faria possível somente supondo-se que internamente (pois isso não constou de seus fundamentos decisórios), o Ministro fez uma relação entre o princípio da dignidade humana e o direito à privacidade. Contudo, tendo por base essa suposta ligação, todos os servidores públicos que sofressem processos administrativos, também deveriam ter direito ao julgamento secreto, que seria concedido a todos, sem distinção. O que não ocorre nos dias de hoje.

Possível perceber que no caso apelou-se à dignidade da pessoa humana para justificar o julgamento secreto aos magistrados que sofrem processos administrativos. A utilização desse princípio, tal qual foi realizada, serviu à satisfação de interesses particularistas incompatíveis com os limites fixados pela ordem jurídica. Podendo-se concluir que, na hipótese relatada: *“a dignidade da pessoa humana pertence aos magistrados, não aos cidadãos comuns, julgados publicamente”*,²⁷².

Essa postura de utilização retórica de princípios e discriminação das regras gera uma prática jurídica inconsistente, pois os princípios, por serem reflexivos, *“podem mais facilmente ser articulados para encobrir soluções que minam a consistência da ordem jurídica a favor de interesses particularistas que pressionam a solução do caso”*²⁷³. Sendo assim, o uso de princípios jurídicos em casos como o citado servem a abusos no processo de concretização do direito.

²⁷⁰ RESOLUÇÃO Nº 135, DE 13 DE JULHO DE 2011: “Dispõe sobre a uniformização de normas relativas ao procedimento administrativo disciplinar aplicável aos magistrados, acerca do rito e das penalidades, e dá outras providências”. (Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 10.01.2015).

²⁷¹ NEVES, 2012.

²⁷² NEVES, 2012.

²⁷³ NEVES, 2013, p. 190.

Quando o contexto social e a respectiva prática jurídica são fortemente marcados pelas ilegalidades e inconstitucionalidades sistematicamente praticadas pelos agentes públicos, uma doutrina principialista pode ser fator e, ao mesmo tempo, reflexo de abuso de princípios na prática jurídica²⁷⁴. Essa rotinização e trivialização dos princípios pelos aplicadores do direito é perigosa para o Estado Constitucional, pois *“ao abusarem dos princípios, que podem atuar como remédios contra a insuficiência das regras em casos jurídicos e constitucionais controvertidos, transformam-nos em venenos”*²⁷⁵, destinados a particularismos. Tal fato possibilita que a comunidade jurídica faça uso *“da pompa dos princípios e da ponderação, cuja trivialização empresta a qualquer tese, mesmo as mais absurdas, um tom de respeitabilidade”*²⁷⁶.

No entanto, assevera Neves que tal estratégia seria inviável em um Estado constitucional, pois:

definida a regra (completa, não suscetível de sopesamento) além de seu teor literal, ela tem primazia sobre os princípios que se encontram formalmente no mesmo grau hierárquico. Caso sempre se pudesse recorrer a princípios constitucionais em nome da justiça, para afastar regras constitucionais, chegaríamos a um modelo em que o critério direito e definitivo seria sempre afastável *ad hoc* pelo critério mediato de solução do caso, levando à falta de consistência da ordem jurídica, diluída no social com base em um substantivismo principiológico desastroso em uma sociedade complexa²⁷⁷.

A invocação retórica de princípios vai de encontro ao desenvolvimento sólido do Estado constitucional e da força normativa da Constituição brasileira. Isto porque, a simplificação da ordem constitucional à prevalência dos princípios em detrimento das regras, amplamente abertos e abstratos, leva a um moralismo incompatível com a nossa sociedade e com os que aplicam o direito. Por esses motivos, na obra *“Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais”*,

²⁷⁴ NEVES, 2013, pp. 192-193.

²⁷⁵ NEVES, 2012.

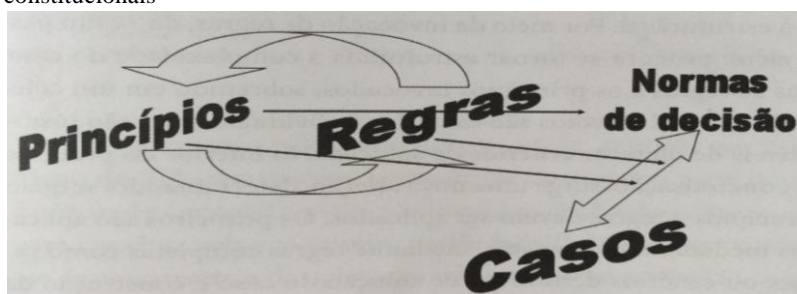
²⁷⁶ *Ibidem*.

²⁷⁷ NEVES, 2013, pp. 192-193.

Marcelo Neves traz um modelo de concretização constitucional, marcado pela articulação entre princípios e regras.

Afirma que a relação entre princípios e regras implica uma relação circular reflexiva. Explica-se: haja vista os subjetivismos decorrentes da argumentação focada excessivamente em princípios constitucionais ela torna-se deveras falível. Desse modo, é inviável a aplicação imediata de princípios sem intermediação de regras (legais, constitucionais ou construídas jurisprudencialmente)²⁷⁸. A figura abaixo, desenvolvida por Neves, trata de demonstrar a relação entre as regras e princípios, em que os princípios atuam como razão ou fundamento das regras e as regras são condições de aplicação de princípios, a regra precisa do princípio sendo a recíproca verdadeira. Veja-se:

Figura 1 – Relação de circularidade reflexiva entre princípios e regras constitucionais



Fonte: NEVES, 2013, p. 135

Desse relação de circularidade existente entre as normas, conclui-se que caso não exista uma regra consubstanciando um princípio ele perde seu significado prático, servindo apenas à “*manipulação retórica para afastar regras completas, encobrendo inconsistências do sistema jurídico*”²⁷⁹. Da mesma forma nas regras, caso elas não sejam articuladas com princípios constitucionais na concretização do direito, elas não tem sentido completo, eis que “*dimensões delas tornam-se passíveis de ser cotejadas e ponderadas com princípios*”²⁸⁰, pois os princípios atuam como razão ou fundamento de regras constitucionais, nas controvérsias jurídicas complexas.

²⁷⁸ NEVES, 2013, pp. 140-141.

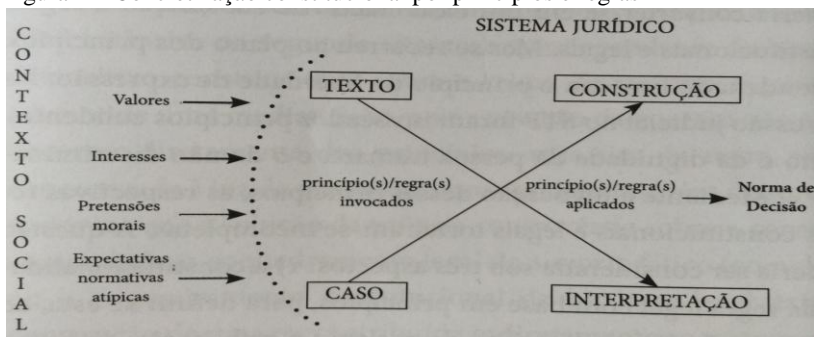
²⁷⁹ NEVES, 2013, p. 135

²⁸⁰ *Ibidem*.

Assim, os princípios utilizados dissociados das regras perdem o seu significado prático, servindo como fórmulas de redundância para afastar a aplicação de regras adequadas, ocultando incoerências do sistema jurídico. Assim, deve haver uma *“relação reflexiva circular entre as duas normas, para uma fortificação recíproca das respectivas estruturas (normas) e processos (argumentos)”*²⁸¹.

O autor aborda, ainda, como devem ser tratados os princípios e regras em casos hipercomplexos, que sói ocorrer em hipóteses de concretização constitucional em que *“há uma diversidade contraditória de valores, pretensões morais, interesses e expectativas normativas atípicas”*²⁸². Nesses casos mais complexos, são articulados diversos princípios e regras no processo de concretização constitucional que são aplicados direta ou indiretamente na solução do caso concreto. A articulação entre regras e princípios diante da complexidade do ambiente social, vem exemplificada na figura abaixo:

Figura 2 – Concretização constitucional por princípios e regras



Fonte: NEVES, 2013, P. 137

A figura elaborada por Neves para clarificar seus entendimentos, demonstra os passos que devem ser seguidos para que se chegue a norma de decisão no processo de concretização constitucional. Segundo o autor, o primeiro passo seletivo para a passagem de complexidade desestruturada à estruturável em um caso hipercomplexo seria a invocação de princípios adequados às pretensões morais e interesses que circulam o ambiente social no qual o caso está sendo discutido. O segundo passo diz respeito à invocação de regras que possam ser articuladas à luz desses princípios. E, o último passo, corresponde à

²⁸¹ NEVES, 2013, pp. 134-135.

²⁸² NEVES, 2013, p. 136.

escolha dos princípios e regras que devem ser aplicados nesse processo de concretização constitucional, definindo a norma de decisão para solução do caso²⁸³. Assim, as normas de decisão são produto da relação circular reflexiva existente entre regras e princípios oriundas do processo de concretização constitucional²⁸⁴.

Por não haver relação de circularidade na referência retórica à princípios jurídicos, que servem ao afastamento de regras apropriadas para a solução dos casos e à satisfação de interesses avessos à legalidade, conclui-se que essa prática é contrária à própria Constituição Federal. Sendo indispensável, segundo Neves, “*a construção de uma teoria das normas constitucionais que sirva a uma concretização juridicamente consistente e socialmente adequada*”²⁸⁵ no contexto brasileiro, e foi esse o seu intento desenvolvendo a sua teoria dos princípios.

2.5 A RELAÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS NO DIREITO BRASILEIRO

As importadas técnicas da ponderação, da otimização e rótulos afins, passou a ser não somente dominante, mas também sufocante no Brasil nos últimos anos²⁸⁶. A tendência de superestimar os princípios em detrimento das regras, o uso desmedido da retórica principialista e a criação de princípios que não estão nem implicitamente na Constituição Federal, para resolver subjetivamente casos específicos, citando apenas alguns dos legados do neoconstitucionalismo, provoca uma inconsistência no sistema jurídico e, conseqüentemente, tende a apagar a fronteira da separação dos poderes.

Conforme discorrido nesse capítulo, a preponderância dada ao Poder Judiciário frente ao Legislativo, provocou uma intensa judicialização do direito. Todavia, a banalização do uso dos princípios constitucionais pela jurisprudência, gera insegurança jurídica. O ativismo judicial realizado com a utilização exclusiva de princípios para solução de casos hipercomplexos, transforma-nos em uma espécie de remédio capaz de solucionar todos os males da sociedade, e que muitas vezes servem para afastar regras aptas para solucionar o caso discutido.

²⁸³ NEVES, 2013, pp. 136-137.

²⁸⁴ NEVES, 2013, p. 141.

²⁸⁵ NEVES, 2013, p. 196.

²⁸⁶ NEVES, 2012.

Desse modo, a utilização exacerbada de princípios como fundamentos decisórios acaba por resultar em uma insegurança jurídica incontrolável, relacionada à própria quebra da consistência do ordenamento e, pois, à destruição de suas fronteiras operativas. Por outro lado, o uso exclusivo de regras torna o sistema excessivamente rígido para enfrentar sistemas sociais complexos, em nome de uma consistência incompatível com a adequação social do direito.

A prática jurídica confusa, proveniente do uso de princípios no direito público como único mecanismo de fundamentação de uma decisão, fomenta a crítica de Carlos Ari Sundfield, que, apesar de cingir-se ao direito público, cabe a todos os ramos do direito. Seguem seus dizeres:

Vive-se hoje um ambiente de “geleia geral” no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão. O objetivo deste ensaio é opor-se a essa deterioração da qualidade do debate jurídico. O profissional do Direito, ao construir soluções para os casos tem um dever analítico. Não bastam boas intenções, não basta intuição, não basta invocar e elogiar princípios; é preciso respeitar o espaço de cada instituição, comparar normas e opções, estudar causas e consequências, ponderar as vantagens e desvantagens. Do contrário viveremos no mundo da arbitrariedade, não do Direito. Opondo-se à maré, este artigo sustenta a tese de que, ao deliberar com base em textos normativos de extrema indeterminação (em princípios), o juiz tem de suportar *o ônus da competência e o ônus do regulador*. Como não há fundamento algum para a presunção absoluta de que é do Judiciário, e não de outros órgãos, a competência para construir soluções jurídicas específicas a partir de princípios, sua intervenção em cada caso depende de *elementos especiais de ordem institucional* que a justifiquem, e eles têm de ser identificados pela decisão (*ônus da competência*). Ademais, a simples pertinência do princípio ao caso não é bastante para justificar a solução específica, sendo indispensável formular de modo explícito a *regra geral* que se vai aplicar, *justificando-a* com a análise profunda das alternativas existentes, de seus custos e, ainda, de seus possíveis efeitos

positivos e negativos (*ônus do regulador*)²⁸⁷.
(Grifos no original)

A técnica jurídica contemporânea embasada no uso de princípios, ínsita ao neoconstitucionalismo, utiliza-os como pompa para facilitar a aceitação de questões contraditórias, em prejuízo à prática jurisdicional, sem procedimentos aplicativos ou interpretativos ajustados à utilização desses princípios jurídicos.

Ou seja, essa prática ao invés de conferir os direitos sociais aos cidadãos banalizou o uso dos princípios, acarretando por vezes em decisões dissonantes embasadas no mesmo princípio e, conseqüentemente, em insegurança jurídica. No entanto, o aumento da dimensão hermenêutica no ato decisional proveniente do positivismo exegetico, não pode condenar a aplicação do direito ao solipsismo de um aplicador, não é mais possível continuar apostando no protagonismo do sujeito-intérprete.

No Brasil, é necessária a construção de uma teoria da decisão judicial preocupada em impedir que o poder dos juízes se sobreponha ao próprio direito, uma teoria em que seja possível verificar a veracidade da decisão tomada pelo juiz, estabelecendo amplas possibilidades de controle da decisão, compatíveis com o regime democrático²⁸⁸. É preciso redefinir o ativismo judicial, bem como o papel exercido pelo Poder Judiciário, a elevação de sua posição institucional não pode ser sinônimo de atuação arbitrária, livre do controle democrático. Tem-se que construir condições para que o poder dos juízes não possibilite que a decisão venha embasada numa retórica principialista e no “sentir” do magistrado.

Com essa sobrevalorização principiológica em detrimento das regras, chega-se a um estado limite de insegurança jurídica. É necessário impedir as análises morais do direito em que o intérprete entende como falha a regra posta e desrespeita a lei, “legislando” com base em princípios. Como bem leciona Neves em sua teoria dos princípios, os princípios devem ser trabalhados em cada caso concreto, numa relação conjunta com as regras, o que ocorre no plano argumentativo da interpretação jurídica.

²⁸⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012. pp. 60-61.

²⁸⁸ STRECK, 2011, p. 390.

No mesmo sentido, entende Oliveira que a diferenciação entre essas normas se dá através de um processo interpretativo, não se trata de uma diferenciação exclusivamente de estrutura normativa. Veja-se:

a diferença entre regra e princípio não se dá, exclusivamente, a partir da estrutura do texto (ou da norma), antecipadamente à interpretação, é capitular ao subjetivismo quando vão retorquir a pergunta antes estabelecida: quem resolve se é regra ou princípio? Respondem: quem resolve é o intérprete. Ora, se quem decide, ao final, é o intérprete caímos na filosofia da consciência e, nesta dimensão, no subjetivismo, na discricionariedade. Saímos de um extremo a outro: ou o texto diz tudo (e o intérprete nada, só repete) ou o intérprete é quem, derradeiramente, diz o que quer (e o texto nada expressa, quando então a palavra intérprete já não define bem o ator, porquanto ele não está mais atrelado a interpretar algo, ele cria, livremente, algo)²⁸⁹.

Ou seja, trata-se de um conclusão individual, do aplicador da norma, que decidirá se ela será aplicada como regra ou princípio. O direito constitucional foi do juiz “boca da lei” ao juiz “diz o que quer”, para repetir os dizeres de Oliveira. No entanto, esse modelo leva a decisões particularistas que vão de encontro aos objetivos constitucionais.

Da análise do entendimento dos autores, aqui colacionada, é possível inferir que todos eles convergem no ponto de que a prática jurisdicional brasileira, influenciada por teorias que vislumbram a possibilidade da aplicação exclusiva de princípios como fundamentos decisórios, pode implicar inconsistências. Os princípios jurídicos, apesar de tentativa da teoria estrutural de dar-lhes um significado prévio, carregam a característica da imprecisão semântica, o que gera incongruências nas fundamentações, conforme será analisado no capítulo a seguir.

²⁸⁹ OLIVEIRA, 2010, p. 11.

CAPÍTULO III - INSEGURANÇA JURÍDICA E A RETÓRICA PRINCIPALISTA

O direito que exsurge no paradigma do neoconstitucionalismo, com a redemocratização do Estado brasileiro, consequência da promulgação da Constituição de 1988, tinha por objetivo o completo afastamento do autoritarismo que se refletiu no entendimento do direito como dimensão autônoma, diante das instituições com ele intercambiáveis.

Trata-se de uma autonomia, sustentada na constitucionalidade do direito, entendida como seu pressuposto de validade, representada pela força normativa de uma ordem constitucional produzida democraticamente, dissociada de dimensões políticas, econômicas ou valores pessoais, nesse aspecto o ordenamento jurídico e a aplicação do direito estariam blindados, não sofreriam influências de ordem subjetiva. Ou seja, a autonomia do direito correspondia a sua própria condição de validade²⁹⁰.

No entanto, diante da impossibilidade de um direito completamente distante das dimensões que com ele se relacionam, para solucionar os conflitos jurídicos da coletividade, foi atribuído ao aplicador da norma uma maior liberdade de interpretação que lhe foi conferida por meio do uso dos princípios jurídicos, (constitucionais, infraconstitucionais e, até mesmo jurisprudenciais), servindo de fundamentos decisórios²⁹¹.

Ocorre que, os princípios passaram a ser produzidos, criados, com o objetivo de fundamentar decisões retóricas, direcionados ao fundamento de argumentações subjetivas. Nessa toada, os princípios acabaram transformando-se em remédios para resolver quaisquer problemas à maneira do intérprete, tudo isso sob o argumento da “adequação social do direito”. A fragilidade das decisões jurídicas que fazem uso dos princípios como fórmulas de redundância, álibis teóricos, mas que na verdade fundamentam decisões particularistas, causam grande insegurança jurídica²⁹².

A criação de princípios e o uso desmedido da técnica da ponderação fomentam a arbitrariedade, na medida que os operadores do

²⁹⁰ STRECK, 2009b, p. 23.

²⁹¹ STRECK, 2009a, pp. 512-513.

²⁹² FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (organizadores). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 106.

direito “produzem” uma objetividade em decisões que são descaradamente subterfugiadas em pseudoprincípios. Por este motivo, este capítulo tem por objetivo sugerir um modelo de teoria da decisão judicial, na qual para utilização de princípios como fundamentos decisórios será imprescindível sua fundamentação exaustiva embasada em argumentos concretos numa relação reflexiva e circular com as regras jurídicas, como forma de controlar a discricionariedade judicial.

Por óbvio que aqui não se exaure o tema de uma teoria da decisão adequada ao contexto brasileiro, mas almeja imergir, principalmente, na análise acerca da insegurança jurídica provocada pela prática judicial confusa, com a utilização de princípios redundantes que funcionam como panaceia para fundamentar qualquer coisa. Imperativo, portanto, que a comunidade jurídica aprofunde o tema da interpretação por princípios, busque respostas e as debata com a finalidade de chegar-se a melhor conclusão, pois, conforme bem afirma Lenio Streck, “*se continuarmos nesse ritmo, toda e qualquer argumentação utilizada nas decisões judiciais tornar-se-á um princípio*”²⁹³.

3.1 A INSEGURANÇA JURÍDICA DECORRENTE DA PRÁTICA JUDICIAL CONFUSA

O sistema jurídico se estrutura pela Constituição, núcleo político-jurídico que funciona a seu favor. Diz se tratar de um núcleo político-jurídico, pois o sistema constitucional fundamenta sua materialidade normativa sob os alicerces dos “*valores superiores da consciência jurídica, limitador e condicionador normativo da política no oferecimento de procedimentos de legitimidade/legitimação a fim de alcançar o consenso fundamental*”²⁹⁴, apresentando uma normatividade aberta à dinamicidade cultural da sociedade. A Constituição, por isso, apresenta uma dimensão descritiva da realidade e uma dimensão prescritiva de normatividade, cabendo ao intérprete realizar essa fusão entre a norma constitucional e a realidade social na solução dos casos concretos²⁹⁵.

O neoconstitucionalismo, com o objetivo de adequar o direito constitucional à realidade social superando a interpretação pragmática, introduz uma nova dogmática da interpretação constitucional, fundamentada nos princípios (implícitos e explícitos), sendo sua

²⁹³ STRECK, 2009a, p. 488.

²⁹⁴ OLIVEIRA, 2008, p. 33.

²⁹⁵ *Ibidem*.

prevalência em face das regras e a expansão do exercício do poder jurisdicional as principais características dessa nova fase do direito²⁹⁶.

Essa alteração do quadro político-institucional, decorrente da ênfase no Poder Judiciário, teve como consequência um alargamento da esfera da discricionariedade dos juízes, correspondente à nominada “*jurisprudência dos princípios*”²⁹⁷. A jurisprudência dos princípios é a nomenclatura utilizada para as decisões jurídicas embasadas em princípios jurídicos (constitucionais e infraconstitucionais). O problema reside nos casos em que esses princípios são usados como fórmulas de redundância para fundamentar decisões que ultrapassam os limites semânticos do texto constitucional²⁹⁸.

Todavia, conforme já abordado, a Constituição brasileira em sua estrutura normativa é antes regulatória do que principiológica, fato facilmente verificado diante da preponderância quantitativa de regras nas matérias disciplinadas pelo legislador ordinário, isso com o objetivo de reduzir a arbitrariedade e a incerteza no ato decisório, conferindo maior segurança jurídica à aplicação constitucional²⁹⁹.

Assim, diante da Constituição Brasileira optar quantitativamente por regras, conferir ao Poder Judiciário a possibilidade de pronunciar, através da criação de princípios, valores que muitas vezes sequer estão albergados constitucionalmente leva a uma teoria constitucional inadequada, minando a força normativa das regras e acarretando em insegurança jurídica aos cidadãos.

“*Do ponto de vista da vinculação ao texto constitucional, da segurança jurídica e da previsibilidade, um modelo puro de regras é, sem dúvida, a alternativa mais atraente*”, já admitia Robert Alexy em sua “Teoria dos Direitos Fundamentais”, apesar de discordar desse modelo, por inviabilizar a solução de conflitos em um sistema social complexo.

Acerca da determinabilidade das regras, Humberto Ávila entende que nas regras o grau de conhecimento do dever a ser cumprido é muito maior do que aquele presente no caso dos princípios, devido ao caráter imediatamente descritivo daquelas, sendo que “*conhecer o conteúdo da regra que se deve cumprir é algo valorizado pelo próprio ordenamento jurídico por meio dos princípios da legalidade e da publicidade*”. Termina por dizer que, tendo em vista o grau de decibilidade das regras

²⁹⁶ BARROSO, 2005, p. 13.

²⁹⁷ OLIVEIRA, 2008, p. 156.

²⁹⁸ STRECK, 2009a, p. 493.

²⁹⁹ ÀVILA, 2009, p. 4.

e o caráter regulatório da Constituição, o descumprimento de uma regra seria mais grave do que de um princípio³⁰⁰.

Fundamentado em entendimento diametralmente oposto, compreende Celso Antônio Bandeira de Mello que por serem os princípios o alicerce constitucional, *“presidindo a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”*, a violação de um princípio seria muito mais grave do que a violação de uma regra, pois implicaria em afronta não apenas ao princípio violado, mas a todo o sistema de comandos, sendo, por isso *“a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade”*³⁰¹.

Marcelo Neves, por sua vez, parte do entendimento de que regras e princípios detém o mesmo caráter normativo, razão pela qual descumprir tanto uma regra quanto um princípio seriam graves da mesma maneira. Para ele, a dogmática jurídica é uma forma de reflexão do sistema jurídico dentro do próprio sistema, na qual princípios e regras funcionam na prática argumentativa sem distinção hierárquica entre eles³⁰², pois:

há uma referência recíproca entre a linguagem do órgão de interpretação-aplicação jurídica e a linguagem dogmático-jurídica a respeito dos princípios e regras constitucionais: a dogmática refere-se à prática jurídica (especialmente dos tribunais e juízes com funções constitucionais) de aplicação de princípios e regras constitucionais para conceituar essas categorias normativas; os órgãos encarregados de concretização

³⁰⁰ Desenvolvendo a *quaestio*, afirma Humberto Ávila que “o respeito a decisões já tomadas também é algo valorizado pelo ordenamento jurídico por meio da proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Descumprir o que já foi objeto de decisão é mais grave do que descumprir uma norma cuja função é servir de razão complementar ao lado de outras razões para tomar uma futura decisão. Ou dito diretamente: descumprir uma regra é mais grave do que descumprir um princípio. Até porque, sem outro argumento a modificar a equação, o ônus de superar uma regra é maior do que aquele exigido para superar um princípio!. Ao contrário do que se crê, portanto, a opção legislativa pela regra reforça sua insuperabilidade preliminar. (ÁVILA, 2005, p. 128)

³⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12 ed. Rev. E ampl. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 743-744.

³⁰² NEVES, 2013, p. 119.

constitucional recorrem a conceitos jurídico-dogmáticos dos princípios e regras constitucionais para aplicar as respectivas normas³⁰³.

Assim, não há uma hierarquia linear, mas, sim, uma relação circular entre regras e princípios, o princípio não é mais importante que a regra, e a regra não é mais importante que o princípio, eles se relacionam reciprocamente e apresentam o mesmo grau de importância no ordenamento jurídico³⁰⁴.

Paulo Bonavides, com entendimento similar ao de Neves, compreende que o que importa não é a regra ou o princípio isoladamente, mas a “*força normativa da Constituição-lei, já na própria normatividade da esfera fática, reino da Constituição-realidade*”. Segundo ele, a Constituição-realidade se comunica à Constituição-lei para fazer firme e incontestável a força imperativa desta última, produzindo a adequação do constitucional ao real, sendo os princípios e regras de igual importância na concretização normativa.

Inferese, portanto, que a doutrina brasileira é divergente acerca do grau de importância normativa dos princípios e regras, o que confere diferentes aportes de interpretação ao princípio da legalidade. Carlos Ari Sundfield ao abordar as divergências interpretativas concernentes ao princípio da legalidade afirma que seu significado depende do intérprete. Veja-se:

Assim, por exemplo, quem quer valorizar o Legislativo frente ao Executivo tende a defender a legalidade quase como uma reserva total de lei, de modo que praticamente todas as normas teriam de vir do Legislativo; quem é favorável à existência de uma ampla regulação econômica feita pelo Estado, que precisa ser ágil e dinâmica, tende a defender um poder normativo mais amplo para a Administração, reservando-se à lei apenas decisões substantivas (uma reserva do básico para a lei). De outro lado, os que defendem o máximo fortalecimento do poder dos juízes têm uma visão maximalista de Direito, isto é, tendem a encontrar na Constituição, nas leis e nos princípios - especialmente em suas fórmulas mais abertas e indeterminadas - condicionamentos ao exercício

³⁰³ NEVES, 2013, pp. 119-120.

³⁰⁴ NEVES, 2013, p. 120.

da atividade administrativa que outros não veem³⁰⁵.

Assim, segundo Sundfield, o princípio da legalidade dependeria do contexto de quem o aplica, hipótese inviável em um Estado Constitucional de Direito, gerando uma situação de extrema insegurança jurídica. O princípio da legalidade³⁰⁶ vem consagrado expressamente no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, o qual dispõe que “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”³⁰⁷, seu surgimento deu-se como reflexo da redemocratização brasileira e superação de um Estado autoritário, garantindo ao cidadão que ele seria protegido de abusos de poder³⁰⁸.

No entanto, com a expansão do neoconstitucionalismo e a alteração do Estado de Direito para o Estado Constitucional de Direito³⁰⁹, houve uma mudança no paradigma constitucional que acabou

³⁰⁵ SUNDFELD, 2012. p. 40.

³⁰⁶ Aqui aborda-se exclusivamente o princípio da legalidade voltado ao particular, e, não o princípio da legalidade voltado aos atos da Administração Pública, disciplinado no artigo 37, caput, da Constituição Federal: Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]. (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

³⁰⁷ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

³⁰⁸ BARROSO, 2005, p. 4.

³⁰⁹ Acerca da evolução do Estado até chegar-se ao Estado Constitucional de Direito, e sua conceitualização atual, seguem os ensinamentos de Cademartori e Duarte “Ora, o que caracteriza o Estado Constitucional – diferenciando-o tanto do Estado de Direito como do Estado Social – é que todas as previsões constitucionais (de liberdades públicas individuais no Estado de Direito e direitos econômicos e culturais no Estado Social), enunciadas apenas em caráter formal, agora podem ser objeto de uma tutela jurisdicional, vale dizer, são justificáveis, e isto se deveu, sobremaneira, a Kelsen. De fato, foi o jurista austríaco quem contribui de forma decisiva ao afirmar o protagonismo do Tribunal Constitucional como guardião da Constituição (Hutter der Verfassung) na sua polêmica com Carl Schmitt na etapa da República de Weimar, tendo isto ocorrido em 1931. [...] Em termos, mais claros, a evolução dos direitos fundamentais, desde o advento das liberdades públicas individuais, passando pelos direitos socioeconômicos e culturais e finalmente os direitos difusos, estariam simetricamente e respectivamente caracterizadas as três formas de Estado antes apontadas. Portanto, o Estado Liberal, ao qual corresponde a primeira geração ou dimensão de direitos fundamentais marca o início do Estado de Direito sob o pressuposto das liberdades individuais que demandam

por mitigar o princípio da legalidade. A lei infraconstitucional passou a ser submetida ao crivo dos princípios e normas constitucionais, de maneira que a validade de uma lei evidencia-se não somente pelo modo pela qual foi constituída, mas também pela existência de compatibilidade constitucional. Segundo Canotilho, o Estado Constitucional de Direito seria um modo de manutenção do “*equilíbrio político-social através da qual se combateram dois arbútrios ligados a modelos anteriores, a saber: a autocracia absolutista do poder e os privilégios orgânico-corporativo medievais*”³¹⁰.

Desse modo, nessa nova etapa do constitucionalismo, o princípio da legalidade ultrapassa o texto legal, pois a aplicabilidade da norma vai depender de sua adequação à Constituição. Nessa fase também se vislumbra a aproximação necessária entre direito e moral, via argumentação jurídica, na qual a ponderação de princípios se sobrepõe à subsunção de regras.

uma abstenção do poder político em face dos direitos dos cidadãos. O Estado Social encarna a segunda geração de direitos fundamentais e se traduz, no âmbito jurídico-político, na consagração constitucional de direitos sociais, econômicos e culturais, somados ao caráter de abstenção estatal frente às liberdades públicas que esse novo modelo estatal iria assegurar. Por sua vez, o Estado Constitucional será identificado como o Estado de Direito de terceira geração, assumindo o papel de delimitar o meio espacial e temporal de paulatino reconhecimento dos direitos de terceira dimensão, cujo conteúdo gira em torno de temas como a paz social, o direito às relações de consumo, a qualidade de vida e ou a liberdade ampla de informação (o que inclui, portanto, o meio virtual). Assim delimitam-se, então, direitos difusos, vale dizer, direitos que não possuem um destinatário específico, seja ele coletivo ou não, como marca preponderante de uma nova configuração estatal. [...] No exemplo brasileiro, que adotou um modelo misto (concentrado e difuso) de controle de constitucionalidade, de leis e atos normativos, apontam-se como exemplos dessa realidade garantias processuais tais como o mandando de injunção, o mandado de segurança coletivo, a ação popular e civil pública e, como garantias institucionais, o novo papel do Ministério Público como ombudsman do cidadão, a advocacia pública, as leis de controle fiscal e de probidade pública, dentre outros. Já do ponto de vista da dogmática constitucional, ganham destaque os atuais modelos de hermenêutica constitucional, que por sua vez auxiliam as técnicas de decisão judicial tais como a declaração de (in)constitucionalidade, com ou sem redução do texto legal, bem como as ações de inconstitucionalidade por ação ou omissão. (CADEMARTORI; DUARTE, 2009, pp. 32-34)

³¹⁰ CANOTILHO, 1999, p. 87.

Adotada a máxima neoconstitucionalista de que em toda a interpretação constitucional o intérprete deve saltar da regra para o princípio, pois eles seriam melhor adequados ao contexto social, houve um antiescalonamento da ordem jurídica, com a consequente diminuição de importância das regras elaboradas por meio do processo democrático. Trata-se de uma constitucionalização às avessas do ordenamento, achantando a Constituição à ordem principiológica, promovendo uma hipertrofia do Poder Judiciário e um obscurecimento do Poder Legislativo, acarretando em uma tensão entre justiça e segurança jurídica³¹¹.

Em resumo: o que é justiça para um magistrado pode não o ser para outro, percebem-se movimentos díspares e plurais, discursos e práticas judiciais tanto no sentido de uma dogmática embasada em um arcabouço humanista quanto no sentido de uma dogmática constitucional conservadora e elitista.

Todavia, esse cenário vai ao encontro do princípio da segurança jurídica, princípio implícito, que pode ser visualizado dentre os direitos e garantias fundamentais, notadamente no artigo 5º, XXXVI, da Constituição da República de 1988, o qual determina que “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”³¹². Referido princípio objetiva um mínimo de previsibilidade necessária que o Estado Constitucional de Direito deve oferecer a todo cidadão, representa confiabilidade no sistema legal estatal, em respeito as bases nas quais o cidadão pode travar relações jurídicas válidas e eficazes, ou seja, as normas jurídicas.

Segundo Canotilho, o princípio da segurança jurídica contém um valor que deve ser aplicado de modo absoluto para consagrar a força do direito:

A ideia de segurança jurídica reconduz-se a dois princípios materiais concretizadores do princípio geral de segurança: princípio da determinabilidade de leis, expresso na exigência de leis claras e densas e o princípio da proteção da confiança, traduzido na exigência de leis essencialmente

³¹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (übertmassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. Ensaios Jurídicos – Doutrina (processual) penal. Abril/2013, pp. pp. 12 e 23. Disponível em <https://ensaiosjuridicos.wordpress.com>. Acesso em: 10.01.2015.

³¹² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

estáveis, ou, pelo menos, não lesivas da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos³¹³.

A segurança jurídica guarda correlação com diversos outros princípios constitucionais, implícitos e explícitos, garantindo-lhes observância, tais como os princípios: da igualdade, da legalidade, da moralidade, da irretroatividade de leis, de respeito aos direitos adquiridos, da inexistência de julgamentos parciais, da não mudança injustificada de orientação jurisprudencial, de respeito à coisa julgada quando não inconstitucional, ao ato jurídico perfeito, à concessão de ampla defesa e do contraditório, da aplicação da justiça social, da independência do Poder Judiciário, da valorização dos direitos da cidadania, da dignidade humana, dentre outros³¹⁴.

Fábio de Oliveira, inclusive, compreende que o princípio da segurança jurídica seria um princípio geral, por ser um dos definidores dos demais preceitos contidos Magna Carta:

Princípios Gerais – são especificações dos princípios fundamentais. Não formam o núcleo da decisão política da instituição do Estado, mas são seus desdobramentos. São identificados com os princípios definidores de direitos. Eles se irradiam por toda a ordem jurídica. Exemplos: princípio da segurança jurídica, princípio da isonomia, princípio da legalidade³¹⁵.

A proteção aos direitos dos cidadãos, ganha grande relevância no momento histórico atual, no qual o Estado tem que estar em condições de realizar, através da lei, intervenções que implicam diretamente na alteração da situação da comunidade. Por essa razão, Humberto Ávila compreende o princípio da segurança jurídica, como um “sobreprincípio³¹⁶”, que estaria acima dos demais princípios jurídicos dada a sua importância constitucional:

³¹³ CANOTILHO, 1999, pp. 371-372.

³¹⁴ BARROSO, 2001, pp. 3-6.

³¹⁵ OLIVEIRA, 2008, p. 59.

³¹⁶ Acerca dos “sobreprincípios”, afirma Ávila que corresponderiam às normas mais exercendo “uma/unção definitória, na medida em que delimitam, com maior especificação, o comando mais amplo estabelecido pelo sobreprincípio axiologicamente superior. Por exemplo, os subprincípios da proteção da confiança e da boa-fé objetiva deverão especificar, para situações mais

Os sobreprincípios, como, por exemplo, os princípios do Estado de Direito, da segurança jurídica, da dignidade humana e do devido processo legal, exercem importantes funções, mesmo na hipótese - bastante comum - de os seus subprincípios já estarem expressamente previstos pelo ordenamento jurídico. Como princípios que são, os sobreprincípios exercem as funções típicas dos princípios (interpretativa e bloqueadora), mas, justamente por atuarem “sobre” outros princípios (daí o termo “sobreprincípio”), não exercem nem a função integrativa (porque essa função pressupõe atuação direta e os sobreprincípios atuam indiretamente), nem a definitória (porque essa função, apesar de indireta, pressupõe a maior especificação e os sobreprincípios atuam para ampliar em vez de especificar). Na verdade, a função que os sobreprincípios exercem distintivamente é a *função rearticuladora*, já que eles permitem a interação entre os vários elementos que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado³¹⁷.

O princípio da segurança jurídica estabelece um ideal de previsibilidade da atuação estatal, mensurabilidade das obrigações, continuidade e estabilidade das relações entre o Poder Público e o cidadão. A interpretação dos fatos deverá, por conseguinte, ser feita de modo a selecionar todos os fatos que puderem alterar a previsibilidade, a mensurabilidade, a continuidade e a estabilidade³¹⁸. Pode-se afirmar, portanto, que o desenho de Estado constante da Constituição de 1988, mesmo não nomeando expressamente o princípio da segurança jurídica, considera-o uma dos postulados fundantes da ordem jurídica.

No entanto, a atual prática jurisdicional aliada aos princípios constitucionais, pode implicar inconsistências, prejudicando esse princípio. Afirma Carlos Ari Sundfield que o uso da principiologia no Brasil é deveras confuso:

Mas - e é disto que importa tratar, agora - na noção ampla de legalidade também se costuma

concretas, a abrangência do sobreprincípio da segurança jurídica”. (ÀVILA, 2005, p. 79).

³¹⁷ ÀVILA, 2005, pp. 79-80.

³¹⁸ ÀVILA, 2005, p. 81.

incluir o dever de obediência a outros princípios (em geral ditos “princípios gerais de Direito”), que nem sempre estão escritos, isto é, não estão expressos nas leis. São exemplos os princípios da boa-fé, da proibição do enriquecimento sem causa, da segurança jurídica etc., [...] Você pode imaginar quanta polêmica aparece entre os especialistas quando discutem a solução de casos a partir desses princípios. Que princípios valem? Esse princípio vale mais que aquele? Como tirar alguma coisa mais concreta de um princípio vago?

³¹⁹

A prática jurídica contemporânea do principialismo, muitas vezes, toma-o como pompa, para facilitar a aprovação de teses das mais contraditórias. E, essa típica utilização dos princípios na interpretação e aplicação do direito, ínsita ao neoconstitucionalismo, prejudica a prática jurisdicional e torna essa prática confusa.

No entanto, a questão da segurança jurídica está diretamente relacionada à interpretação jurídica, pois atrelada à fundamentação da decisão judicial de acordo com o caso concreto. Assim, resta incabível que o intérprete ignore o direito democraticamente construído e decida com base em princípios “inventados” para chegar a conclusão que ele, particularmente, considere a mais adequada. O que é complexo não pode ser tratado por meio de *standards* jurídicos.

Se antes quase não havia princípios (constitucionais e infraconstitucionais) na cena jurídica, hoje não há princípio que baste para justificar decisões judiciais. No Brasil, fez-se “prática” dos princípios, por meio de métodos teóricos importados e dissociados de nossa realidade, sendo inexistente uma teoria dos princípios adequada para compreendê-los e aplicá-los de acordo com o contexto social brasileiro. Passamos da parcimônia à banalização, sem o devido acompanhamento teórico, dogmático e normativo, ou melhor, sem métodos aplicativos ou interpretativos adequados à aplicação dos princípios jurídicos³²⁰.

A adequação da justiça à sociedade, advinda do uso de argumentos principiológicos, está a esquecer da segurança. Hoje em dia o uso retórico de princípios termina em decisões divergentes sobre casos

³¹⁹ SUNDFIELD, 2012, p. 31.

³²⁰ STRECK, 2009a, p. 502.

similares³²¹. Entretanto, as análises morais do direito posto, através do uso de princípios, ignorando o legislador ordinário/constituente, como via de corrigi-lo, vai de encontro aos dizeres constitucionais. Afirma Humberto Ávila que essa situação *“evidentemente, viola o postulado científico da explicitude das premissas, bem como o princípio jurídico da fundamentação das decisões, ínsito ao conceito de Estado de Direito”*³²².

A segurança jurídica sofre a ameaça das argumentações por princípios, a utilização de fórmulas abstratas que colocam em prática a discricionariedade judicial sem limites. O paradigma jurídico passou da lei para o juiz, tornando necessária a exploração da hermenêutica jurídica, explorando as potencialidades positivas da dogmática jurídica e investindo na interpretação principiológica, fundada em valores, na ética e na razão possível, com a devida fundamentação.

A liberdade de que o pensamento intelectual desfruta hoje impõe compromissos tanto com a legalidade democrática como com a conscientização e a emancipação. Cabe, assim, à teoria hermenêutica a construção de um modelo interpretativo que confira ao intérprete do direito subsídios para a construção de suas argumentações embasados em ideais aptos a garantir os direitos da sociedade, mas sem desprezar e legalidade democraticamente construída³²³.

A aplicação dos princípios jurídicos deve vir acompanhada de uma detalhada justificação, ligando-a a uma cadeia argumentativa significativa, com o acompanhamento das regras, numa relação circular e reflexiva, retirando o caráter de generalidade da argumentação embasada em princípios, sob pena de se cair em decisionismos, em que cada juiz tem o seu próprio conceito sobre o significado de um princípio, em gritante prejuízo a segurança jurídica da sociedade.

O Estado de Direito Constitucional promoveu uma passagem do direito puramente normativo ao direito marcadamente valorativo. *“Por outras palavras: para uma constituição se considerar materialmente fundada não lhe basta a simples cobertura da legalidade formal, tem de ser intrinsecamente válida”*³²⁴. É dizer: não basta que a constituição seja legalmente válida ela deve seguir pressupostos de legitimidade.

Haja vista que, no interior da dogmática jurídica, a utilização de

³²¹ A análise detalhada das divergências jurisprudências e do uso retórico dos princípios jurídicos será melhor desenvolvida no item 3.3. deste capítulo.

³²² ÁVILA, 2005, pp. 96-97.

³²³ NEVES, 2012.

³²⁴ CANOTILHO, 1999, p. 111.

argumentos por princípios passa a ser entendida como a escolha de um sentido que decorre da consciência do julgador, verifica-se um alto grau de voluntarismo, marcada pela imprevisibilidade, motivo pelo qual torna-se necessária a construção de uma teoria hermenêutica da decisão, adequada a nossa realidade³²⁵.

A criação de uma teoria da interpretação jurídica brasileira vislumbraria a proteção de princípios como legalidade, igualdade, segurança jurídica, fundamentação das decisões, proporcionando maior previsibilidade quanto ao conteúdo normativo dos princípios, tornando possível uma equiparação de decisões e impedindo/frenando entendimentos divergentes embasados em argumentos principiológicos similares, condicionando o raciocínio jurídico. Um modelo que se valha de uma aplicação técnica e silogística dos princípios. E as ideias centrais desse modelo serão desenvolvidas nos tópicos a seguir.

3.2 O INTÉRPRETE E A LEI – DO PASSIVISMO AO ATIVISMO JUDICIAL

Para compreender a mudança de postura do magistrado de mero aplicador da norma ao juiz ativista dos dias de hoje, mister se faz analisar suas características nas correntes jusfilosóficas, notadamente, nas fases positivista e pós-positivista, para poder compreender os motivos pelos quais houve essa mudança.

A dimensão positivista será encontrada num primeiro momento como produto das leis, mais especificamente, no direito positivado, ou seja, nos códigos. Nessa fase, conhecida por positivismo exegético, o movimento codificador reúne toda argumentação jurídica, e, os códigos *“passam a possuir, a partir de então, a estatura de verdadeiros “textos sagrados”. Isso porque eles são o dado positivo com o qual deverá lidar a Ciência do Direito”*³²⁶. Estabelece-se, assim, uma conexão lógica entre texto e interpretação, que deveria ser suficiente na resolução dos problemas da sociedade:

A principal característica desse “primeiro momento” do positivismo jurídico, no que tange ao problema da interpretação do direito, será a realização de uma análise sintático-semântica. Neste caso, a simples determinação rigorosa da

³²⁵ FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (organizadores), 2012, p. 119.

³²⁶ STRECK, 2010a, p. 160.

conexão lógica dos signos que compõem a “obra sagrada” (Código) seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do direito. Assim, conceitos como o de analogia e princípios gerais do direito devem ser encarados também nessa perspectiva de construção de um quadro conceitual rigoroso que representariam as hipóteses extremamente excepcionais – de inadequação dos casos às hipóteses legislativas³²⁷.

No entanto, por ser inviável a codificação de todas as eventuais celeumas sociais, percebeu-se que o que estava escrito nos “textos sagrados” era insuficiente. E daí surge a indagação positivista: Como excluir da interpretação do direito os elementos que o transcendem, solucionando os problemas de forma ampla, mas decidindo de modo objetivo?

Surge então o positivismo normativista, como proposta ao aperfeiçoamento da rigidez dos códigos, ampliando a área de interpretação jurídica, mas ainda dissociando o direito de argumentos metafísicos. Esse segundo momento do positivismo ocorreu como decorrência da “*falência dos modelos sintático-semânticos de interpretação da codificação*”³²⁸. E, nesse momento histórico, o problema da indeterminação do sentido do direito aparece em primeiro plano.

Na tentativa de sanar o problema da indeterminação do direito desponta Hans Kelsen, que “*não quer destruir a tradição positivista que foi construída pela jurisprudência dos conceitos*”³²⁹, mas afirma que o problema da indeterminação do direito poderia ser solucionado no âmbito da “moldura semântica” da norma geral, a partir da qual seria determinada a norma jurídica individual. Segundo ele:

O direito a aplicar é como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação. No processo em que uma norma jurídica geral positiva é individualizada, o órgão que aplica a norma jurídica geral tem sempre necessariamente de determinar elementos que nessa norma geral ainda não estão determinados e não podem por ela ser determinados. A norma jurídica geral é sempre

³²⁷ STRECK, 2010a, p. 161.

³²⁸ *Ibidem*.

³²⁹ STRECK, 2010a, p. 160.

uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual. Mas esta moldura pode ser mais larga ou mais estreita. Ela é o mais larga possível quando a norma jurídica geral positiva apenas contém a atribuição de poder ou competência para a produção da norma jurídica individual, sem preestabelecer o seu conteúdo³³⁰.

A teria kelseniana considera o direito uma ciência que não pode ser solucionada por argumentos metafísicos de interpretação. Razão pela qual, o único modo de corrigir a indeterminação do sentido do direito seria a partir de uma método lógico, ao qual foi dado o nome de Ciência do Direito. No direito como ciência o juiz deixa de exclusivamente reproduzir o texto da lei para adotar uma postura científica de interpretação, longe das argumentações valorativas, limitada *“apenas aquilo que se pode contar, medir ou pesar ou, no limite, algo que se possa definir por meio de um experimento”*³³¹.

Para Kelsen, nem mesmo o mais pormenorizado ordenamento conseguiria abarcar toda a pluralidade de circunstâncias de determinações a fazer³³². Assim, haja vista que a norma nunca é completamente determinada, partiria-se de uma moldura geral e dela proviria, por meio da interpretação do magistrado, uma norma individual. Percebe-se, assim, que dentro dessa norma geral o juiz teria uma margem de livre apreciação para decidir dentre todas as opções possíveis, a norma individual que encontrasse adequada.

Tendo em vista que os casos de indeterminação, podem ser decididos de várias maneiras, o ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado de modo a corresponder a uma ou outra das várias significações da mesma norma, mas, sempre com o objetivo de corresponder à vontade do legislador. Segundo Kelsen:

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é

³³⁰ KELSEN, 2006, p. 171

³³¹ STRECK, 2010a, p. 160.

³³² Desenvolvendo essa assertiva Hans Kelsen, afirma que “se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever”. (KELSEN, 2006, p. 246).

conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa - não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral³³³.

Ou seja, a interpretação - desde que produzida dentro da moldura semântica definida pela Constituição -, pode gerar mais de uma decisão correta, todas de mesmo valor. Por sua vez, o intérprete cria a norma individual no momento em que preenche essa moldura com a decisão por ele escolhida. A decisão do intérprete acerca de qual sentido possível para a norma individual deve prevalecer no caso concreto é, portanto, uma escolha entre um sem-número de possibilidades de aplicação do direito. Daí a afirmação de Kelsen de que seria “*conforme ao direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível*”³³⁴.

Percebe-se, que o positivismo, mesmo o positivismo kelseniano, confere ampla discricionariedade ao intérprete dentro dessa moldura da norma, mas, dissocia o direito de significantes valorativas, caracterizando um modelo excessivamente teórico, gerando uma espécie de asfixia da realidade do mundo prático. É dizer: o contexto prático das

³³³ KELSEN, 2006, p. 247.

³³⁴ *Ibidem*.

relações humanas concretas, não aparece no campo de análise das teorias positivistas³³⁵.

Surge então uma nova fase da filosofia do direito e, por consequência, um novo campo de interpretação constitucional, com o objetivo de aumentar mais ainda a margem da interpretação jurídica, com o objetivo de distanciar-se da discricionariedade intrínseca ao conceito da moldura semântica, e, esse momento, foi intitulado pós-positivismo:

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais. No Estado constitucional, a marcante presença de normas constitucionais que fazem constante referência a direitos fundamentais e a princípios de justiça material, assim como a inafastável exigência de que todas as normas do ordenamento jurídico estejam em conformidade com o conteúdo substancial disposto na Constituição e nos princípios superiores do sistema, acabam tornando inadequadas as teses positivistas da rígida separação entre Direito e Moral [...] ³³⁶.

Nesse novo modelo hermenêutico não há mais a rígida separação positivista entre direito e moral. O pós-positivismo promove uma volta aos valores, correspondendo a uma espécie de positivismo aberto à moralidade, com flexibilidade suficiente para se adequar aos sistemas jurídicos constitucionalizados, nos quais é comum a presença de conceitos morais como liberdade, igualdade e dignidade humana. E, essa reaproximação entre o direito e os valores morais de uma sociedade, realiza um nova ³³⁷ migração da filosofia para o mundo do direito, circunstância que se materializa nos princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente ³³⁸.

Os princípios constitucionais passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico, espelhando os postulados básicos da

³³⁵ STRECK, 2009b, p. 7.

³³⁶ BARROSO, 2001, p. 19.

³³⁷ Vide a corrente jusfilosófica do jusnaturalismo desenvolvida no primeiro capítulo (item 1.1.).

³³⁸ VALE, 2009, p. 48.

ideologia da sociedade na qual estão inseridos. Os princípios constitucionais passam a ter força normativa com o objetivo de conferir unidade e harmonia ao sistema jurídico, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. Nessa toada, servem de guia ao intérprete, *“cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie”*³³⁹.

No entanto, não é isso que vem ocorrendo na interpretação jurídica pós-positivista. No Brasil, essa utilização de princípios jurídicos acabou por acarretar numa “subjetividade-assujeitadora”, trata-se de um modelo de interpretação que sob pretexto da superação de um positivismo fundado no sistema de regras, decide com base em princípios de textura aberta³⁴⁰. Todavia, os princípios não podem ser encarados como álibis para a discricionariedade, pois, desse modo, estaríamos voltando para o grande problema não resolvido pelo positivismo.

Com efeito, a tese da abertura semântica dos princípios é incompatível com o modelo pós-positivista de teoria do direito, pois essa abertura implica em discricionariedade judicial. Não pode ser chamada pós-positivista uma teoria do direito que não tenha, efetivamente, superado o positivismo. E a superação do positivismo implica enfrentamento do problema da discricionariedade judicial.

Portanto, chega-se a indagação: qual dessas teorias deve auxiliar a interpretação do juiz?

Na doutrina brasileira há diversos entendimentos acerca da postura que deve ser tomada pelo juiz na prática jurídica. Trata-se, pois, de um problema paradigmático. Alguns autores colocam na consciência do sujeito-juiz o *locus* da atribuição de sentido particular. Nesse contexto, “filosofia da consciência” e “discricionariedade judicial” são faces da mesma moeda³⁴¹.

De outro lado, há ainda filiados às antigas teses formalistas, propalando que a interpretação deve buscar a vontade da lei, importando apenas o que está contido nos códigos positivados, modelo que continua a reproduzir o velho debate “formalismo-realismo”³⁴². Acerca do modelo formalista-realista do qual partiria o juiz “boca da lei” na

³³⁹ BARROSO, 2001, p. 20.

³⁴⁰ STRECK, 2010a, p. 166.

³⁴¹ STRECK, 2010a, p. 165.

³⁴² STRECK, 2010a, p. 162.

realização do ato interpretativo, compreende Lenio Streck que esse modelo sofre alterações a depender do caso a ser decidido:

Mais ainda, e na medida em que o direito trata de relações de poder, tem-se, na verdade, em muitos casos, uma mixagem entre posturas “formalistas” e “realistas”, isto é, por vezes, a “vontade da lei” e a “essência da lei” devem ser buscadas com todo vigor; em outras, há uma ferrenha procura pela solipsista “vontade do legislador”; finalmente, quando nenhuma das duas orientações é “suficiente”, põe-se no topo a “vontade do intérprete”, colocando-se em segundo plano os limites semânticos do texto, fazendo soçobrar até mesmo a Constituição. O resultado disso é que aquilo que começa com (um)a subjetividade “criadora” de sentidos (afinal, quem pode controlar a “vontade do intérprete”?, perguntariam os juristas), acaba em decisionismos e arbitrariedades interpretativas, isto é, em um “mundo jurídico” em que cada um interpreta como (melhor) lhe convém...³⁴³!

Assim, a mixagem entre posturas “formalistas” e “realistas”, pode fazer com que o intérprete busque: a vontade da lei, a vontade do legislador, ou, até mesmo sua própria vontade. Na última dessas opções os limites semânticos do texto e, muitas vezes, da própria Constituição são colocados à margem do ato interpretativo, o que resulta em um solipsismo do juiz para criar sua decisão independentemente do que dizem os textos legais. Todavia, é inviável que o juiz decida discricionariamente em pleno Estado Constitucional Direito³⁴⁴, que deve ser compreendido no contexto de uma crescente autonomização do direito:

A Constituição, nos moldes construídos no interior daquilo que denominamos de

³⁴³ *Ibidem.*

³⁴⁴ Afirma Streck que a autonomia do direito vem sustentada na ideia de Estado Democrático Constitucional como condição de validade, “o direito, para não ser solapado pela economia, pela política e pela moral (para ficar nessas três dimensões), adquire uma autonomia que, antes de tudo, funciona como uma blindagem contra as próprias dimensões que o engendra(ram). Ou seja, a sua autonomia passa a ser a sua própria condição de possibilidade”.(STRECK, 2009a, p. 496).

neoconstitucionalismo (se assim se quiser, é claro) é, assim, a manifestação desse grau de autonomia do direito, isto é, deve ser entendido como a sua dimensão autônoma face às outras dimensões com ele intercambiáveis, como, por exemplo, a política, a economia e a moral. [...] Trata-se de uma autonomia entendida como ordem de validade, representada pela força normativa de um direito produzido democraticamente e que institucionaliza (ess)as outras dimensões com ele intercambiáveis³⁴⁵.

A autonomia refere-se ao direito produzido de maneira democrática, compreendido autonomamente frente às relações ocorrentes na sociedade em que está inserido. Ou seja, a lei tal qual deveria ser: produzida pelo Poder Legislativo e aplicada pelo Poder Judiciário, protegendo a independência do direito de influências particularistas.

No entanto, o aumento dos poderes conferidos ao Poder Judiciário e o crescimento exponencial do espaço da jurisdição, teve como consequência um apequenamento da força do legislador. Assim, mais do que criar uma nova teoria da argumentação judicial, é imprescindível a criação de mecanismos que garantam a preservação da autonomia do direito na interpretação jurídica, o que seria possível com a implementação de mecanismos de controle da discricionariedade nas decisões judiciais:

E isso implica discutir o cerne da teoria do direito, isto é, o problema da discricionariedade na interpretação, é dizer, das decisões dos juízes e tribunais. É o que o presente texto procurou trabalhar até aqui: autonomia do direito não pode implicar indeterminabilidade desse mesmo direito construído democraticamente. Se assim se pensar, a autonomia será substituída – e esse perigo ronda a democracia a todo tempo – exatamente por aquilo que a gerou: o pragmatismo político nos seus mais diversos aspectos, que vem colocando historicamente o direito em permanente “estado de exceção”, o que, ao fim e ao cabo, representa o próprio declínio do “império do direito” (alguém tem dúvida de que essa questão é retroalimentada

³⁴⁵ STRECK, 2010a, p. 163.

permanentemente, mormente nos países de modernidade tardia como o Brasil?)³⁴⁶.

Caso não seja instituído esse controle, a crescente perda de autonomia do direito poderá ser revertida em uma espécie de autonomia do Poder Judiciário. Sendo, evidente a incompatibilidade entre essa exacerbação da discricionariedade e o constitucionalismo. Essa questão assume relevância no contexto da inefetividade da Constituição brasileira – tais posturas se aproximam, perigosamente, dos diversos matizes positivistas, que apostavam em elevados graus de discricionariedade na interpretação do direito³⁴⁷.

Dito de outro modo, o direito do Constitucional de Direito corre o risco de perder sua independência em virtude do retrocesso em permitir o exercício da atividade jurisdicional fundada na possibilidade de atribuir sentidos à lei de forma discricionária, tornando cada vez mais frágeis as bases internas da Constituição. Nessa toada, a superação ao positivismo consiste em superar a discricionariedade judicial, não em deixar de aplicar a lei na sua literalidade. Segundo Lenio Streck, *“por vezes, cumprir a “letra da lei” é um avanço considerável”*³⁴⁸.

As leis são construídas de maneira democrática, razão pela qual seus textos devem ser seguidos, obedecer à risca o texto da lei democraticamente construído não tem nada a ver com o positivismo exegetico. Trata-se de uma legalidade constituída a partir dos princípios que são o marco da história institucional do direito³⁴⁹.

No mesmo sentido, defendendo a interpretação com base na lei, pois a lei construída democraticamente trata-se de garantia contra decisões discricionárias, segue ensinamento de Duarte e Pozzolo:

A interpretação moral contra o duro positivismo jurídico, às vezes, é lembrada a tristemente conhecida expressão: “a lei é a lei”. Isso, porém, não é somente um artifício retórico, convém, de fato, esclarecer a ambiguidade dessa expressão, uma vez que venha tirada fora do contexto histórico no qual foi originada. No âmbito de uma sociedade constitucional-democrático-pluralista, essa expressão pode ser lida na perspectiva positiva do garantismo legislativo. Se a autonomia

³⁴⁶ STRECK, 2010b, pp. 38-39.

³⁴⁷ STRECK, 2010a, p. 164.

³⁴⁸ STRECK, 2010a, p. 170.

³⁴⁹ *Ibidem*.

e a liberdade são valores e o direito um “mal necessário”, a afirmação do valor da lei se torna uma garantia contra as imposições morais de quem quer que seja³⁵⁰.

Desse modo, segundo os autores, a interpretação realizada em conformidade com a lei, protege a autonomia do direito, representando uma restrição à liberdade interpretativa desmedida do aplicador da norma.

Concordam que a restrição da liberdade de interpretação jurisdicional pode ser visto como defeito em um país como o Brasil, no qual, cotidianamente, “*a solução legislativa não satisfaz o senso de justiça e, geralmente, nesses casos, os juízes indicam a existência de uma lacuna axiológica*”³⁵¹. No entanto, dado os ativismos (na condução de particularismos) que sói ocorrer hoje em dia, é necessário diferenciar os casos nos quais seria possível prever exceções à lei. E, essas exceções seriam demonstradas em função de uma consideração em concreto da lei, nessas hipóteses, essas exceções se manteriam também para os casos futuros, até o advento de uma legislação elaborada para solucionar eficientemente esses casos³⁵².

É possível oferecer limites à atividade interpretativa, na medida em que o direito não é concebido a partir de um reducionismo fático. Isso é uma questão de controle democrático das decisões. O que não se pode admitir é que a lei seja cumprida somente quando interessa ao seu aplicador, o acentuado grau de autonomia alcançado pelo direito e o respeito à produção democrática das normas não permitem esse cenário³⁵³.

No entanto, questão bastante espreiada no judiciário brasileiro trata-se de não se aplicar uma regra em face da aplicação de um princípio. A ascensão dos princípios e o reconhecimento da sua força jurídica, implicou um deslocamento de discricionariedade do Legislativo e do Executivo para o Judiciário, conforme assevera Fábio de Oliveira, “*se operou uma mudança do centro de gravidade das*

³⁵⁰ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Suzanna. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 103.

³⁵¹ *Ibidem*.

³⁵² *Ibidem*.

³⁵³ STRECK, 2010a, pp. 171-172.

reflexões políticas, morais, o que pode ser traduzido pelas expressões judicialização da política e politização da justiça”³⁵⁴.

Segundo ele, o equívoco dessa mudança é manifesto. Não há relação de causa e efeito entre a admissão da juridicidade dos princípios e o crescimento da influência do Judiciário no mundo prático. A normatividade dos princípios, ao lado das regras não acarreta, por si só, transferência de poderes do legislador para o juiz. A condição de normatividade dos princípios denota sua vinculação ao Poder Legislativo, sendo incabível que ele seja criado no âmbito do Poder Judiciário, com força normativa, notadamente, quando servem de fórmulas de redundância para o fundamento de decisões solipsistas³⁵⁵.

Concorda-se que a aplicação do direito não seja uma atividade mecânica, com efeito, no processo interpretativo o aplicador da norma deparar-se-á com escolhas, e deverá sim escolher dentre elas a mais adequada. No entanto, essa possibilidade de escolha não é capaz de tornar-lhe legislador. Em resumo: o papel dos magistrados é de aplicação do direito, não de criação, a separação dos poderes legislativo/judiciário configura-se como um instrumento de contrabalanceamento político, ignorá-lo fere os dizeres constitucionais, a Constituição estabelece limites ao exercício da elaboração de leis democraticamente pelo Legislativo, no entanto, não há esses limites quando o Judiciário toma as vezes de legislador³⁵⁶.

Assim, o principal problema encontrado no novo constitucionalismo é o de conferir uma amplitude desmedida de poderes ao Judiciário, conferindo-lhe uma espécie de “super-poder”, retirando *“a tarefa das escolhas políticas das mãos do legislador, aumentando o poder da jurisdição. Deste modo, cria-se o risco de um assim chamado “governo dos juízes” e, ao menos em parte, o perigo de um governo dos juristas, ainda que se dissolva o possível risco da “tirania da maioria”*”³⁵⁷.

É comum se afirmar que o protagonismo jurisdicional é devido ao perfil da legislação, notadamente, no que mais importa aqui, à índole da Constituição: uma Carta de cunho analítico, dirigente, enseja uma atuação proeminente da judicatura. Argumento que, conforme

³⁵⁴ OLIVEIRA, 2010, p. 5.

³⁵⁵ *Ibidem*.

³⁵⁶ DUARTE; POZZOLO, 2010, p. 100.

³⁵⁷ *Ibidem*.

demonstrado nesse trabalho, encontra fundamentada oposição³⁵⁸. Todavia, não há relação necessária.

Ensina Oliveira, discordando desse entendimento que o ganho de papel do Judiciário encontra explicação em circunstâncias de ordem factual: a cultura/tradição, as crises institucionais (a exemplo da democracia representativa), condutas de estratégia. É claro que estão interligadas com o sistema legal, mas não se justificam somente por este prisma³⁵⁹. Segundo o autor, a maior ênfase dada ao Poder Judiciário não depende do modo como a Constituição foi redigida, mas das circunstâncias pelas quais perpassa a sociedade brasileira, os arranjos entre os Poderes constitucionais e a comunidade e a relação que o ordenamento jurídico lhes atribui, determina de maneira mais ou menos marcante o contato entre cada uma dessas esferas. E o aumento do Poder conferido ao Judiciário seria decorrente dessa conjuntura social. Trata-se, portanto, de uma situação que ultrapassa o próprio ordenamento jurídico.

Com efeito, em um país como o Brasil, onde tem-se uma Constituição Federal dirigente, compromissária e normativa, mas que, de plano, muitas vezes é desrespeitada e não efetivada, evidente que deve haver um Judiciário que trate e se manifeste sobre discussões sociais. Todavia, isso não pode ocorrer por meio de arbitrariedades, ativismos, mas através de decisões devidamente fundamentadas, com base nas normas existentes, acolhendo e rejeitando justificadamente as razões das partes³⁶⁰.

Por isso, não se pode confundir intervenção jurisdicional com a possibilidade de decisionismos por parte dos juízes e tribunais. Pelo contrário: hoje em dia, no pós-positivismo, deve-se superar esse legado de admissão da discricioneriedade judicial em sentido amplo, herança do positivismo-normativista, com o desenvolvimento um novo modelo hermenêutico que supere o modelo exegético-subsuntivo, refém do esquema sujeito-objeto³⁶¹.

É até necessário o uso da judicialização para garantir a efetivação de direitos sociais, mormente em um país como o Brasil onde a modernidade chegou tarde e os direitos sociais não passam de uma promessa. O que não se pode admitir são decisionismos, a prática

³⁵⁸ Vide item 2.3., dessa dissertação: “Constituição regulatória *versus* Constituição principiológica – Humberto Ávila”.

³⁵⁹ OLIVEIRA, 2010, pp. 5-10.

³⁶⁰ STRECK, 2009a, p. 475.

³⁶¹ STRECK, 2010a, p. 166.

jurídica realizada a partir de argumentos de política, de moral, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais do magistrado. Entretanto, o que sói ocorrer é que os magistrados tem se utilizado dos poderes da discricionariedade, a qual se esconde por detrás de pseudoprincípios, e que fazem surtir efeito diverso: o Poder Judiciário, quando profere decisões arbitrárias, impossibilita a concretização dos Direitos Sociais.

A necessidade de intervenção não significa que os julgadores podem decidir como quiserem. Em resumo: o aplicador da norma não deve decidir refugiando-se em justificativas de pseudoprincípios. É necessário, como já dito, que os julgadores fundamentem suas decisões. E quando se fala em fundamentar, fala-se em uma obrigação de explicitação da compreensão, para que com isso, os cidadãos saibam porque aquela foi proferida daquele modo.

3.3 A AUSÊNCIA DE DENSIDADE REGULATIVA DOS PSEUDOPRINCÍPIOS

Sabido que a hermenêutica jurídica depende do caso concreto e que os enunciados normativos não possuem significados por si sós, necessitando de uma situação fática para adquirirem significância, as fases de interpretação, fundamentação e decisão jurídicas, correspondem a um todo integrado.

A norma jurídica decisória é edificada em proveito do caso concreto através de um procedimento de concretização. Logo, o que é subsumido ao caso pendente é a norma assim autenticamente tomada, não a redação legal. No entanto, no ato de mediação entre significante e significado, a jurisdição não está ao sabor das livres preferências do juiz, devendo responder à critérios lógicos de segurança, ou seja, *“ao concretizar um texto, o intérprete não pode tirar conclusões irresponsáveis em desatenção ao seu ofício”*³⁶². Deve haver uma compatibilidade racional entre o texto jurídico e a norma de decisão, em atendimento aos métodos de produção, interpretação e aplicação do direito³⁶³.

Ao intérprete é incabível distorcer o significado de uma norma positivada para utilizá-la em uma situação que, em regra, seria inaplicável, o mesmo ocorre nas situações em que na falta de uma regra o juiz lança mão de um princípio como fórmula de redundância para

³⁶² OLIVEIRA, 2008, p. 159.

³⁶³ OLIVEIRA, 2008, pp. 159-160.

fundamentar sua decisão, dando-lhe ares de legalidade. Nas situações ora citadas, o magistrado estaria “criando” nova lei e aplicando-a retroativamente ao caso concreto, hipótese tal qual desenvolvida pelo positivismo hartiano.

Pretende-se aqui elucidar a ausência de densidade regulativa no uso dos pseudoprincípios, ou seja, no uso dos princípios elaborados para justificar decisões específicas, bem como da criação de princípios provindos de regras, utilizados como fórmulas de redundância - inclusive dissociados das regras que lhes deram origem -, como justificativas de decisões inadequadas.

De início discorda-se do entendimento de que os magistrados poderiam atribuir qualquer significado a um princípio jurídico, dentro da moldura de seu enunciado, por serem normas mais vagas e indeterminadas do que as regras. A vinculação a um princípio não pode ser tida como mais fraca do que a vinculação a uma regra. Não se pode admitir que os princípios teriam essa margem ilimitada de interpretação discricionária, traduzida em relativismos e em decisões subjetivas no ato de sua aplicação, que dependeria apenas da livre consciência do intérprete³⁶⁴.

A “era dos princípios”, produto da revolução paradigmática neoconstitucionalista, por compreender os princípios como suporte dos valores da sociedade, não pode permitir sua aplicação desmedida. Segundo afirma Lenio Streck, esse cenário traduziu-se em uma espécie de “positivação de valores” anunciados com o nome de princípios:

Positivaram-se os valores: assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstância que facilita a criação, em um segundo momento, de todo tipo de princípio, como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a “pedra filosofal da legitimidade principiológica”, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para solvermos os casos difíceis ou corrigir as incertezas da linguagem³⁶⁵.

Com o objetivo de melhor compreender esse movimento, partir-se-á da análise³⁶⁶ de alguns dos princípios criticados na obra “Verdade e

³⁶⁴ OLIVEIRA, 2010, p. 15.

³⁶⁵ STRECK, 2010a, p. 476

³⁶⁶ Essa análise será embasada primordialmente na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Consenso” de Lenio Streck³⁶⁷, analisando a jurisprudência proferida com base neles, demonstrando: decisões divergentes embasadas em igual princípio; sua utilização de maneira retórica (demonstrando a falta de segurança jurídica que advém de sua utilização); e a inviabilidade de tratar os princípios jurídicos como estruturas normativas abstratas, que poderiam ser inventadas como panaceia para fundamentações infundadas.

³⁶⁷ A obra “Verdade e Consenso” aprofunda o estudo de inúmeros pseudoprincípios, além dos que esse trabalho se propõe a analisar. Colaciona-se todos eles: “I. princípio da simetria; II. princípio da efetividade da Constituição; III. princípio da precaução; IV. o princípio da não surpresa; V. princípio da confiança; VI. princípio da absoluta prioridade dos direitos da Criança e do Adolescente; VII. princípio da afetividade; VIII. princípio do processo tempestivo; IX. princípio da ubiqüidade; X. princípio do fato consumado; XI. princípio do deduzido e do dedutível; XII. princípio da instrumentalidade processual; XIII. princípio da delação impositiva; XIV. princípio protetor no direito do trabalho; XV. princípio da alteridade; XVI. princípio da tipicidade fechada; XVII. princípio da cooperação processual; XVIII. princípio da confiança no juiz da causa; XIX. princípio da humanidade; XX. princípio da benignidade; XXI. princípio da não ingerência; XXII. princípio da paternidade responsável; XXIII. princípio do auto-governo da magistratura; XXIV. princípio da moderação; XXV. princípio da situação excepcional consolidada. Termina por afirmar que, “Poder-se-ia acrescentar outros, como o da rotatividade, o lógico, o econômico, da gratuidade judiciária, da aderência ao território, da recursividade, do debate, da celeridade, da preclusão, da preferibilidade do rito ordinário, da finalidade, da busca da verdade, da livre admissibilidade da prova, da comunhão da prova, da avaliação da prova, da imediatidade, do livre convencimento, da sucumbência, da invariabilidade da sentença, da eventualidade, da ordenação legal, da utilidade, da continuidade, da inalterabilidade, da peremptoriedade, do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo, da elasticidade, da adequação do procedimento, para citai’ apenas estes. Há casos curiosos, como a principiologia retirada do an. 2º da Lei nº 9.099/95, em que setores da doutrina transfoma(ra)m explicitamente critérios - a expressão é da lei - em “princípios”. Com efeito, o dispositivo deixa assentado que “o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível a conciliação ou a transação”. Já o comentário doutrinário esclarece que “em que pese o legislador ter-se utilizado da expressão ‘critérios’ orientadores do processo nos Juizados Especiais, estamos diante de verdadeiros princípios”(STRECK, 2009a, pp. 477-489).

3.3.1 Princípio da simetria:

O primeiro (pseudo)princípio criticado por Lenio Streck, seria utilizado como artifício interpretativo, como um princípio de validade geral, *“invocado para sustentar a possibilidade de estender, para o âmbito dos Estados-Membros, o alcance jurídico de dispositivos previstos apenas no texto da Constituição Federal”*³⁶⁸. No entanto, da pesquisa realizada para o presente trabalho encontrou-se outra aplicação ao referido princípio, no sentido de *“aplicação de uma mesma norma à hipótese inversa”*. Veja-se:

APelação CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. DESCENDENTE. ASSENTO DE NASCIMENTO. GENITORA. FILIAÇÃO CONSTANDO NOME DE CASADA. DIVÓRCIO. RETIFICAÇÃO PARA O NOME DE SOLTEIRA. POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO. VERDADE REAL. PRINCÍPIO DA SIMETRIA. RECURSO PROVIDO. "O ordenamento jurídico prevê expressamente a possibilidade de averbação, no termo de nascimento do filho, da alteração do patronímico materno em decorrência do casamento, **o que enseja a aplicação da mesma norma à hipótese inversa - princípio da simetria -**, ou seja, quando a genitora, em decorrência de divórcio ou separação, deixa de utilizar o nome de casada (Lei 8.560/1992, art. 3º, parágrafo único)" (STJ, REsp n. 1072402/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j em 4-12-2012, DJe 1-2-2013). (TJSC, Apelação Cível n. 2014.093882-9, de Joinville, rel. Des. Fernando Carioni, j. 10-02-2015). (Grifo acrescido).

Nesse caso o princípio da simetria teria como significância a isonomia, igualdade, pois, na decisão, aplicou-se a possibilidade de averbação do sobrenome de solteira da mãe no sobrenome do filho após sua separação judicial. Ou seja, nos dizeres da sentença, usou-se a possibilidade jurídica *“de averbação da alteração do patronímico materno em decorrência do casamento”* à *“hipótese inversa”*, tudo isso com base no princípio da simetria.

³⁶⁸ STRECK, 2009a, p. 477.

Ocorre que, além da citação do aludido princípio na ementa, no decorrer do acórdão não houve qualquer outra menção a ele, sua utilização decorreu, portanto, do entendimento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, colacionado na decisão, sem demais justificativas. Mas o que seria o princípio da simetria? Porque ele estaria sendo utilizado? A sentença não disse.

3.3.2 Princípio da efetividade da constituição:

A efetivação da Constituição é pressuposto de validade de qualquer norma, restando completamente desnecessário que isso venha dito em um princípio jurídico. Segundo Streck, *“trata-se de um ‘princípio’ no mínimo tautológico. No paradigma neoconstitucionalista, a efetividade das normas constitucionais já é compreendida pela hermenêutica como um pressuposto essencial*³⁶⁹*”*. Elucida-se sua aplicação:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Julgamento. Sentença de mérito. Oponibilidade erga omnes e força vinculante. Efeito ex tunc. Ofensa à sua autoridade. Caracterização. Acórdão em sentido contrário, em ação rescisória. Prolação durante a vigência e nos termos de liminar expedida na ação direta de inconstitucionalidade. Irrelevância. Eficácia retroativa da decisão de mérito da ADI. **Aplicação do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.** Liminar concedida em reclamação, para suspender os efeitos do acórdão impugnado. Agravo improvido. Voto vencido. Reputa-se ofensivo à autoridade de sentença de mérito proferida em ação direta de inconstitucionalidade, com efeito ex tunc, o acórdão que, julgando improcedente ação rescisória, adotou entendimento contrário, ainda que na vigência e nos termos de liminar concedida na mesma ação direta de inconstitucionalidade.(STF - Rcl: 2600 SE , Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 14/09/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-072 DIVULG 02-08-2007

³⁶⁹ STRECK, 2009a, p. 478

PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00031
 EMENT VOL-02283-02 PP-00349 RTJ VOL-
 00206-01 PP-00123) (Grifo acrescido)

Ora, o intérprete não aplicará uma juízo contrário à efetividade da Constituição, demais disso, reconhecer-lhe efetividade não auxiliaria na resolução do conflito normativo, muito menos na “colisão” entre princípios. Trata-se, portanto de um padrão retórico utilizado como fundamento decisório que não auxilia a fundamentação.

3.3.3 Princípio da precaução:

Esse princípio tem sido utilizado pelas magistrados para expressar a ameaça da tomada de decisões que possam provocar danos graves ou irreversíveis sem a comprovação científica absoluta das suas consequências. Ocorre que, embasados nesse princípio as decisões são muito destoantes, Streck, inclusive, entende que ele deveria ser chamado de “*princípio da precaução na tomada de decisões*”³⁷⁰. Veja-se duas jurisprudências divergentes com base neste princípio:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER PROPOSTA PELA CASAN CONTRA ASSOCIAÇÃO CIVIL E O MUNICÍPIO DE XANXERÊ. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. CABIMENTO DO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE NO CASO CONCRETO. ART. 130 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NULIDADE NÃO VERIFICADA. CAPTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO PRIVADA DE ÁGUAS SUBTERRÂNEAS POR MEIO DE POÇO ARTESIANO. ATIVIDADE QUE PRESSUPÕE, DENTRE OUTROS REQUISITOS, OUTORGA E AUSÊNCIA DE REDE PÚBLICA DE ABASTECIMENTO, NÃO VERIFICADAS NO CASO CONCRETO. ART. 45 DA LEI N. 11.445/2007 E LEGISLAÇÃO ESTADUAL CORRELATA QUE PROÍBEM A UTILIZAÇÃO DE FONTES ALTERNATIVAS DE ABASTECIMENTO EM TAIS CIRCUNSTÂNCIAS. RISCO DE DEGRADAÇÃO AMBIENTAL.

³⁷⁰ STRECK, 2009a, p. 478.

NEGLIGÊNCIA MUNICIPAL NO CONTROLE DOS RECURSOS HÍDRICOS. SITUAÇÃO QUE EXIGE A INTERRUPÇÃO DA ATIVIDADE. **PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.** SENTENÇA REFORMADA. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. INVERSÃO. CUSTAS PROCESSUAIS. DIVISÃO PROPORCIONAL. ISENÇÃO DO MUNICÍPIO. ARTS. 33, CAPUT, E 35, h, DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 156/1997. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM CONFORMIDADE COM O ART. 20, §§ 3º E 4º, DO CPC. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (TJSC, Apelação Cível n. 2013.051143-1, de Cunha Porã, rel. Des. Jaime Ramos, j. 26-09-2013). (TJSC, Apelação Cível n. 2010.086089-2, de Xanxerê, rel. Des. Stanley da Silva Braga, j. 24-02-2015).

Ainda, acerca do referido princípio, consta no teor do acórdão que, *“em primeiro lugar, havendo incerteza quanto aos impactos ambientais da perfuração de poços em larga escala, deveria estar sendo aplicado o princípio da precaução, mas não é o que ocorre efetivamente”*.

Todavia, em outra decisão, proferida pelo mesmo Tribunal, o princípio da precaução foi utilizado como fundamento decisório em sentido contrário:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. ATERRO SANITÁRIO PARA TRATAMENTO E DISPOSIÇÃO FINAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS E INDUSTRIAL CLASSE IIA - ETAPAS I E II. CONCESSÃO DE LICENÇA AMBIENTAL DE OPERAÇÃO. ATIVIDADE QUE, NOS TERMOS DA RESOLUÇÃO CONSEMA 01/2006, DISPENSA A REALIZAÇÃO DE ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL E DE RELATÓRIO DE IMPACTO AMBIENTAL. LEGITIMIDADE DA NORMA. POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE DANO AMBIENTAL, DE OUTRO VÉRTICE, NÃO DEMONSTRADA SEQUER SUPERFICIALMENTE. PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA COM O PROPÓSITO DE ANULAR O ATO

ADMINISTRATIVO EM TELA. [...] É dado de suma importância, uma vez que a NBR 10.004/04, enquanto que a Resolução Conama 01/1986, alterada pela citada Resolução Conama n. 237/1997, faz referência à obrigatoriedade do estudo de impacto ambiental, em se tratando de aterros sanitários, processamento e destino final de resíduos tóxicos ou perigosos. Afora isso, não há dado concreto de dano ao meio ambiente suficiente para levar à aplicação do princípio da precaução, o que justificaria a realização do EIA. "Os estudos de impacto ambiental, conquanto previstos na Constituição Federal, são exigidos, na forma da lei, nos casos de significativa degradação ambiental. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2009.056635-4, de Fraiburgo, rel. Des. Vanderlei Romer, j. 23-11-2010). (Grifo acrescido).

Infere-se que no primeiro caso o princípio da precaução é aplicado diante da possibilidade de risco potencial, ainda que este risco não tenha sido integralmente demonstrado, e no segundo caso o princípio da precaução foi aplicado para fundamentar o argumento de que não haveria dado concreto para aplicar o princípio da precaução. Desse modo, a palavra “precaução” dada sua abertura semântica institucionaliza um argumento principiológico insuficiente, um padrão que pode servir a dar “capas de sentido” à decisões opostas, em clara afronta à segurança jurídica.

3.3.4 Princípio da não-surpresa:

Esse princípio teria por objetivo proteger o cidadão de “surpresas inesperadas”³⁷¹. Dada a peculiaridade desse princípio, seguem os questionamentos de Lenio Streck:

indago: por que a garantia da não surpresa seria um princípio? E seria um princípio constitucional? Derivado de que e de onde? Ou seria uma construção feita a partir dos velhos princípios gerais do direito? De todo modo, o paradoxo reside na seguinte questão: de que forma uma demanda é

³⁷¹ STRECK, 2009a, p. 479

resolvida utilizando o princípio da não-surpresa? Antes da "violação" do aludido princípio não haveria a violação de uma determinada regra processual?³⁷²

Em pesquisa a esse princípio singular, encontrou-se conceituação elaborada por Dierle Nunes, segundo a qual o princípio seria uma espécie de derivação do contraditório e da ampla defesa:

impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em "solitária onipotência" aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes³⁷³.

Ilustra-se a utilização do princípio da não surpresa pela jurisprudência:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. COMPRA DE AUTOMÓVEL ZERO QUILOMETRO. APARENTE RELAÇÃO DE CONSUMO. ALEGAÇÃO DE VÍCIO NO PRODUTO. DEMANDA COM QUE SE BUSCA O RESSARCIMENTO DE DESPESAS DECORRENTES DOS REPAROS E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA DETERMINADO INITIO LITIS. ALTERAÇÃO DESSE DECISUM NA SENTENÇA. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS POR ALEGADO DÉFICIT PROBATÓRIO. CERCEAMENTO DE DEFESA RECLAMADO E CARACTERIZADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. **A decisão surpresa e o devido processo legal são excludentes. Os litigantes têm o direito constitucional de saber quem deve e o que cada um deve provar, e o juiz, como diretor do processo, tem o dever de assegurar o princípio da não surpresa.** O juiz é o garante do contraditório. (TJSC, Apelação Cível

³⁷² *Ibidem*.

³⁷³ NUNES, Dierle. Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 83.

n. 2010.014585-5, de São Bento do Sul, rel. Des. Jaime Luiz Vicari, j. 28-06-2012). (Grifo acrescido)

Necessário acrescentar que, apesar de constar na ementa, no teor do acórdão não houve nenhuma menção acerca do princípio da não surpresa. Possível concluir, portanto, que esse princípio trata de uma redundância gritante, um maneira de empolar a aplicação do devido processo legal.

3.3.5 Princípio da afetividade:

Esse princípio decorreria da afetividade que uma pessoa sente pela outra, podendo ser presumido na relação entre pais e filhos. Seria originário, principalmente, da normatividade disposta nos artigos 3º, da Lei 8.069/90, 1.638, inciso II, do Código Civil, 227, *caput* e §6º e 229, da Constituição Federal.

Ocorre que a afetividade elevada a um princípio escancara sua compreensão como subsídio apto a justificar juízos de valor moral. Segundo afirma Streck o princípio da afetividade, “*trata-se, na verdade, de mais um alibi para sustentar/justificar decisões pragmatistas*³⁷⁴”. Analisa-se decisão proferida com base nesse princípio:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS –
 RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO
 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA –
PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE O dor sofrida
 pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o
 privou do direito à convivência, ao amparo
 afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável,
**com fulcro no princípio da dignidade da pessoa
 humana.** (Tribunal de Alçada do Estado de MG,
 Ap. Civ. Nº 408.550-5, 7ª C. Civ., j. 01/04/04,
 Relator Juiz Unias Silva)

A decisão judicial prolatada no Estado de Minas Gerais, apesar de ter sido reformada pelo Superior Tribunal de Justiça³⁷⁵, correlacionou

³⁷⁴ STRECK, 2009a, p. 480.

³⁷⁵ RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 757.411/MG, Rel.

o princípio da afetividade à dignidade humana, entendendo que o abandono afetivo do pai ao filho configuraria hipótese de indenização por dano moral.

Não se discute aqui a importância da família na estrutura da sociedade, no entanto dar ares de princípio à afetividade parece inviável, tratando-se de uma aplicação de discursos morais sobre regras bem delimitadas. “*Aliás, a vingar a tese, por que razão não elevar ao status de princípio o amor, o companheirismo, a paz, a felicidade, a tristeza [...]*³⁷⁶”.

3.3.6 Princípio do fato consumado:

O princípio do fato consumado deriva da teoria do fato consumado, que, por sua vez, decorre do princípio da segurança jurídica, portanto, trata de uma teoria que alçou o *standard* de princípio. Clarificando a explanação, a própria jurisprudência aqui colacionada confunde o “*princípio do fato consumado*” com a “*teoria do fato consumado*”. Segue:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRADO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DECISÃO COLEGIADA QUE ANULOU PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INSURGÊNCIA DA PARTE EM RECUPERAÇÃO E DE TERCEIRO INTERESSADO. OMISSÕES NO JULGADO. VÍCIOS NÃO CONSTATADOS. APLICABILIDADE DO § 2º DO ARTIGO 58 DA LEI 11.101/05 DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. ANULAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL QUE, POR ÓBVIO, ABRANGE TODAS AS SUAS CLÁUSULAS E TERMOS. **PRINCÍPIO DO FATO CONSUMADO INAPLICÁVEL À ESPÉCIE.** PRETENSÃO DA PARTE EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, BEM COMO DO TERCEIRO INTERESSADO, EM REDISCUTIR A DECISÃO COMBATIDA. IMPOSSIBILIDADE. MEIO IMPRÓPRIO. O

Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 29.11.2005, DJ 27.03.2006 p. 299).

³⁷⁶ STRECK, 2009a, p. 480.

acolhimento dos embargos de declaração só cabe quando constatados alguns dos vícios do artigo 535 do Código de Processo Civil, sendo inadmissível a rediscussão da matéria por este meio recursal. A **"teoria do fato consumado"** visa preservar não só interesses jurídicos, mas interesses sociais já consolidados, não se aplicando, contudo, em hipóteses contrárias à lei, principalmente quando amparadas em provimento judicial de natureza precária." (Resp 1.189.485/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 28.6.2010), que é o presente caso. PREQUESTIONAMENTO. NÃO CABIMENTO. HIPÓTESES DO ARTIGO 535 NÃO VERIFICADAS. DISPOSITIVOS LEGAIS NÃO VIOLADOS. EMBARGOS REJEITADOS. "Ainda que para fins de prequestionamento, os embargos de declaração reclamam a presença de uma das hipóteses referidas no artigo 535 do Código de Processo Civil" [TJSC, Embargos de declaração em agravo (§ 1º do art. 557 do CPC) em agravo de instrumento n. 2011.021504-5/0001.01, de Criciúma. Relator: Des. Jânio Machado. Julgados em 08/09/2011]. CARÁTER PROCASTINATÓRIO DO RECURSO EVIDENCIADO. IMPOSIÇÃO DA MULTA PREVISTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 538 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, DE OFÍCIO, QUE SE IMPÕE. (TJSC, Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento n. 2013.026992-7, de Joinville, rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. 03-04-2014). (Grifo acrescido)

E, ainda, no teor do acórdão:

Por fim, a teoria do fato consumado não é aplicável ao caso, haja vista não ser a presente situação excepcionalíssima, tampouco ter a morosidade do judicial consolidado situações irreversíveis ao longo do tempo.

Ademais, a *"teoria do fato consumado"* visa preservar não só interesses jurídicos, mas interesses sociais já consolidados, não se aplicando, contudo, em hipóteses contrárias à lei, principalmente quando amparadas em provimento

judicial de natureza precária." (Resp 1.189.485/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 28.6.2010), que é o presente caso. Portanto, a decisão colegiada apreciou a matéria posta em discussão de maneira clara, completa e lógica, não se verificando qualquer dos vícios constantes no artigo 535 do Código de Processo Civil. (Grifo acrescido)

Inferre-se que o magistrado transformou a teoria em um princípio jurídico dando-lhe ares de normatividade. Todavia, a utilização da expressão princípio não tem significância real, sendo utilizada de forma banal como se ao conter a palavra princípio a decisão já estivesse fundamentada e isso lhe atribuisse mais força.

3.3.7 Princípio da confiança no juiz da causa:

Esse princípio diz respeito ao fato de que o magistrado que julgou a ação no tribunal de origem, por estar mais próximo dos fatos, teria mais condições de decidi-la. Em crítica a esse padrão, que afirma que o juiz de origem possui melhores condições de decidir a causa, questiona Lenio Streck: Qual seria, então a função dos Tribunais? Seria de mero revisor?³⁷⁷ Daí a crítica fervorosa a esse princípio.

Em pesquisa acerca do uso desse princípio, datada de 12.03.2015, verificou-se que ele foi utilizado como fundamento decisório no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina em, nada menos, que 1.567 acórdãos. Leia-se ementa de uma delas:

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE FURTO PRATICADO DURANTE O REPOUSO NOTURNO E DUPLAMENTE QUALIFICADO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. PROVAS DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADOS. SEGREGAÇÃO NECESSÁRIA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PACIENTE QUE OSTENTA CONDENAÇÃO DEFINITIVA POR CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO (ROUBO CIRCUNSTANCIADO). NECESSIDADE CONCRETA DE SE IMPEDIR A

³⁷⁷ STRECK, 2009a, p. 485.

REITERAÇÃO CRIMINOSA. REQUISITOS DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR SATISFEITOS. **OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, AO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA. ORDEM DENEGADA.** (TJSC, Habeas Corpus n. 2015.009578-2, de Criciúma, rel. Des. Rui Fortes, j. 03-03-2015). (Grifo acrescido) (Grifo acrescido)

E, no inteiro teor do acórdão, lê-se:

[...] neste caso, em homenagem ao princípio da confiança no juiz da causa, deve ser prestigiada a decisão do Magistrado que, por estar mais próximo dos fatos, e considerando as circunstâncias do crime, usou de sua sensibilidade para acautelar o meio social.

Sobre o tema: Em matéria de prisão cautelar, deve ser observado o princípio da confiança no juiz do processo, uma vez que está presente no local onde o crime é cometido e conhece as peculiaridades do caso concreto, sendo quem melhor pode avaliar a necessidade da decretação e manutenção da segregação cautelar (STJ, HC n. 289373/MG, Sexta Turma, rela. Mina. Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), DJe 5-6-2014). (Grifo acrescido)

Por óbvio que nos casos em que a sentença de primeiro grau é revertida, não há alusão a um princípio da “*não confiança ao juiz da causa*”. Então porque motivo considera-se esse argumento um princípio jurídico com determinabilidade normativa? Percebe-se mais uma vez, o uso indiscriminado e desarrazoado da palavra princípio.

3.3.8 Princípio da paternidade responsável:

Partindo dos mesmos pressupostos valorativos que o princípio da afetividade, o princípio da paternidade responsável é outro exemplo do uso dos princípios como padrões de argumentação utilizados de maneira retórica, à disposição do intérprete, fragilizando sua normatividade. Colaciona-se decisão que se vale desse princípio em seu fundamento:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS. PENSÃO ALIMENTÍCIA FIXADA EM 80% DO SALÁRIO MÍNIMO.

PEDIDO DE MINORAÇÃO DA VERBA ALIMENTAR. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.699 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE PROVA SOBRE A REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DO ALIMENTANTE. ÔNUS DA PROVA QUE INCUMBIA AO AUTOR CONSOANTE O ARTIGO 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CRISE FINANCEIRA DO GENITOR QUE NÃO PODE POR SI SÓ SER MOTIVO ENSEJADOR DA MINORAÇÃO DOS ALIMENTOS. **PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL.** EXEGESE DO ARTIGO 226, §7º, DA CF. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. [...] Não se pode olvidar que o Autor se apresenta em crise financeira diante do montante da dívida contraída, entretanto tal fato não pode, por si só, ser motivo ensejador para a redução ou exoneração da pensão, **conforme o princípio da paternidade responsável que se extrai do artigo 226, §7º, da CF, no qual compete aos genitores gerenciarem suas finanças com parcimônia para que eventuais débitos não se sobreponha às necessidades dos filhos.** (TJSC, Apelação Cível n. 2013.073395-8, de Xaxim, rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, j. 08-09-2014). (Grifo acrescido)

Novamente o princípio vem atrelado à dignidade humana, como fórmula de redundância, com o intuito de fortalecer o alto grau de justeza e adaptação ao contexto social da decisão proferida.

Da análise dos princípios trazidos à lume, é possível inferir que hoje em dia juízes e colegiados vêm conferindo *status* de princípios aos mais variados argumentos. Chega-se ao disparate de intitular a independência administrativa conferida constitucionalmente ao Poder Judiciário de “*princípio do auto-governo da magistratura*”³⁷⁸, com o

³⁷⁸ Acerca dessa princípio, desenvolve Lenio Streck: “XXII. princípio do auto-governo da magistratura: trata-se de uma clara tautologia com a autonomia administrativa e financeira assegurada pela Constituição (art. 99, *caput*, da CF). Agregue-se que, recentemente, o Conselho Nacional de Justiça aprovou o Código de Ética da Magistratura, estabelecendo que o exercício da função de juiz deve basear-se pelos seguintes princípios: da independência, da imparcialidade, do conhecimento e capacitação, da cortesia, da transparência,

patente uso inadequado da terminologia princípio. No entanto, questiona-se, qual o real significado da palavra princípio que provém dos argumentos aqui percorridos?

Vê-se que, em todos os acórdãos trazidos ao debate, a utilização da expressão princípio não tem significância real para os casos dos quais tratavam, apenas é utilizada de forma ordinária como se ao conter a palavra princípio a decisão já estivesse fundamentada e isso lhe atribuisse mais força. A conceitualização dos princípios, portanto, foi alçada a uma categoria universalizante, capaz de servir a qualquer resposta³⁷⁹. A lista dos pseudoprincípios ultrapassa muito os aqui citados:

Poder-se-ia acrescentar outros, como o da rotatividade, o lógico, o econômico, da gratuidade judiciária, da aderência ao território, da recursividade, do debate, da celeridade, da preclusão, da preferibilidade do rito ordinário, da finalidade, da busca da verdade, da livre admissibilidade da prova, da comunhão da prova, da avaliação da prova, da imediatidade, do livre convencimento, da sucumbência, da invariabilidade da sentença, da eventualidade, da ordenação legal, da utilidade, da continuidade, da inalterabilidade, da peremptoriedade, do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo, da elasticidade, da adequação do procedimento, para citar apenas estes³⁸⁰.

Ocorre que, as convicções pessoais do juiz não podem se impor no momento da decisão, muito menos se camuflando em princípios jurídicos. Não se pode moldar um princípio ou produzi-lo com o objetivo de justificar pretensões pessoais, como vem ocorrendo hoje em

do segredo profissional, da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro. Confunde-se, neste caso, nitidamente, regras de conduta - aliás, trata-se de um Código de Ética - com princípios jurídicos. Por que, v.g., a honra - para não falar do decoro e da integridade profissional - seria um princípio? Em “princípio”, o exercício da função de magistrado deve estar baseada na honradez; os juízes devem ser probos, manter o decoro e íntegros. Mas, em que tais “princípios”, de forma isolada, teriam normatividade, a não ser a partir do Estatuto da Magistratura, do Código Penal, da Constituição, etc.?” (STRECK, 2009a, p. 487)

³⁷⁹ STRECK, 2009a, p. 169-170.

³⁸⁰ STRECK, 2009a, p. 489.

dia. Não se confunde decisão jurídica com arbítrio judicial, no ato decisório cumpre ao julgador buscar a efetivação da Constituição e não satisfazer escolhas pessoais.

No entanto, é latente em nosso sistema judiciário que muitos juízes têm decidido conforme a sua consciência, justificando sua decisão camuflada em argumentos por princípios, ou melhor, em pseudoprincípios, como se a decisão, em um Estado Constitucional de Direito, pudesse ser isolada, partindo de um grau zero de sentido.

Não se quer dizer que aos julgadores seria indevido interpretar princípios, a crítica à discricionariedade judicial não corresponde a uma “proibição interpretativa”, mas, sim, ao fato de que a interpretação e aplicação de princípios deve vir devidamente fundamentada, buscando dar efetividade à norma constitucional³⁸¹. Também não se quer dizer que os princípios devem estar catalogados, engessados, para que possam conferir segurança jurídica aos cidadãos, mas que ao juiz é incabível decidir sobre qualquer coisa e fundamentar seus dizeres em razão de um princípio, que ele mesmo criou, pois ao invés de garantir a efetivação da Constituição pode levar a violações da democracia, fragilizando a autonomia do direito³⁸².

Aceitar que os pseudoprincípios, notadamente tautológicos, e *“utilizados largamente na cotidianidade dos tribunais e da doutrina - a maioria deles com nítida pretensão retórico-corretiva”*³⁸³, funcionem como álibis para decisionismos e aceitar a discricionariedade é continuar preso ao positivismo, que vai permitir inúmeras respostas, e em consequência, respostas contraditórias entre si³⁸⁴. Afinal, se em nome do protagonismo do magistrado, deixa-se que ele decida conforme seu “sentir”, embasando-se em princípios retóricos que justificam e fortalecem seu entendimento, e porque não existe uma “consolidação” dos entendimentos de todos os aplicadores da norma, por óbvio que existirão decisões principiológicas contraditórias entre si.

Às decisões contraditórias tomadas em desatenção às imposições constitucionais, embasadas em termos *“vagos, ambíguos ou de textura*

³⁸¹ STRECK, 2010a, pp. 39-40.

³⁸² STRECK, 2009a, p. 515.

³⁸³ FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (organizadores), 2012, p. 64.

³⁸⁴ WEBBER, Suelen da Silva. *O Panpriciologismo como propulsor da arbitrariedade judicial e impossibilitador da concretização de direito fundamentais*. In: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 305-324, janeiro/junho de 2013, p. 321.

aberta”, fundamentando “*decisões de conveniência ou com base em argumentos de política, de moral ou de economia*”, Lenio Streck deu o nome de “justiça lotérica”. Essas argumentações visam dar ares de legalidade e justiça à decisões de conveniência, tomadas por interesses particularistas, embasadas em argumentos não jurídicos, diversas vezes, fundamentadas em princípios jurídicos, que dada sua maior abertura semântica atuam como uma espécie de autorização para uma livre atribuição de sentido, enfraquecendo a autonomia do Direito³⁸⁵.

Aceitar decisões proferidas de acordo com convicções pessoais é apostar na arbitrariedade, que deve sempre ser refutada em um Estado Democrático de Direito. O cidadão tem sempre o direito fundamental de obter uma resposta adequada à Constituição, desse modo, decidir de forma subjetiva é não se preocupar com a substância da decisão e violar os direitos do cidadão. Cabe ao magistrado demonstrar que seus fundamentos decisórios são coerentes “*argumentos de princípio, e não de política, de moral ou de convicções pessoais*”, sendo assegurada a integridade do direito³⁸⁶.

Os princípios são, sim, admitidos como fundamentos decisórios em uma Estado Constitucional de Direito, os princípios que representem a historicidade constitucional e os interesses da sociedade. O que não poder se admitido são decisionismos pautados por princípios criados (pseudoprincípios), principalmente quando servem a interesses específicos, mas são justificados por direitos fundamentais, notadamente, na quase unanimidade das vezes, mascarados sob os aportes do princípio da dignidade humana. “*Decide-se por procedente o pedido de leito em um hospital com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Decide-se por improcedente o pedido de leito em um hospital com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto não importa a faticidade. Importa a convicção do juiz*”³⁸⁷.

É inviável que os princípios deem margens à discricionariedades, aplicados como álibis teóricos para decisões pessoais. No Estado Constitucional brasileiro é mais que necessária a criação de uma teoria dos princípios adequada a nossa realidade, proporcionando maior previsibilidade quanto ao conteúdo normativo dos princípios, de modo a garantir maior segurança jurídica aos cidadãos. Um modelo que se valha

³⁸⁵ STRECK, *Ativismo judicial não é bom para a democracia*. Entrevista concedida ao Conj. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Mar/2009. Acesso em 15.12.2014.

³⁸⁶ *Ibidem*.

³⁸⁷ WEBBER, 2013, p. 323.

de uma aplicação técnica e silogística dos princípios. *“É chegada a ora – e talvez já se esteja atrasado – de questionar: o que é um princípio?”*³⁸⁸ E, essa pergunta ainda não foi respondida.

Assim, mais do que criar uma nova teoria da argumentação judicial, é imprescindível a criação de mecanismos que garantam a preservação da autonomia do direito na interpretação jurídica, o que seria possível com a implementação de mecanismos de controle da discricionariedade nas decisões judiciais. Por esta razão, os aportes de uma teoria dos princípios adequada ao contexto social brasileiro, serão delineados no tópico a seguir.

3.4 UMA TEORIA DA DECISÃO ADEQUADA AO CONTEXTO SOCIAL BRASILEIRO

De tudo o que se observou nesse estudo, um dos pontos centrais diz respeito a atenção despertada pelos estudiosos brasileiros acerca da nova realidade constitucional e a necessidade de criação de uma teoria da decisão, uma teoria hermenêutica, uma teoria dos princípios - desimportante o nome que se quer dar a teoria -, adequada à realidade brasileira. E, esse é o mote do presente tópico: elaborar os aportes iniciais de uma teoria da decisão à brasileira. Para tanto, toma-se como base os autores Humberto Ávila, Marcelo Neves e Lenio Streck, estudados no segundo capítulo dessa dissertação, dando-se especial ênfase ao estudo do modelo hermenêutico de interpretação dos princípios, desenvolvido por Streck.

O Estado Constitucional de Direito no Brasil, do ponto de vista da dogmática constitucional, trouxe com ele uma mudança significativa na interpretação e aplicação das normas constitucionais, finalmente, o ordenamento jurídico brasileiro concebe a supremacia das normas constitucionais, sob a base de princípios norteadores da atividade interpretativa, tais como:

o da unidade da constituição (a interpretação constitucional deve ser realizada de maneira a evitar contradições entre suas normas); do efeito integrador (na resolução dos problemas constitucionais, deverá ser dada primazia aos critérios favorecedores da integração política e social, assim como aos do reforço da unidade política); da máxima efetividade ou eficiência (à

³⁸⁸ WEBBER, 2013, p. 322.

norma constitucional deve ser atribuído o sendo que maior eficácia lhe conceda); da justeza ou conformidade funcional (os agentes encarregados de interpretar a Constituição não poderão chegar a posicionamentos que subvertam, alterem ou perturbem o esquema de organização e funcionamento da Constituição no seu todo); da concordância prática ou harmonização (combinam-se e coordenam-se os bens jurídicos em conflito, de forma a evitar o sacrifício total de uns sobre outros); da força normativa da Constituição (dentre as interpretações possíveis, deve-se dar preferência à que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais)³⁸⁹.

Desse modo, quando o intérprete se depara com uma norma plurissignificativa, deverá conferir a ela o significado que apresente conformidade com as normas constitucionais, sob os aportes dos princípios norteadores da atividade interpretativa, tais como: o da máxima eficiência/efetividade da decisão, da força normativa da Constituição, do efeito integrador (longa lista desenvolvida por Cademartori e Duarte acima colacionada), visando, com isto, garantir efetividade à Constituição com a aplicação da norma ao caso concreto. *“Denomina-se essa técnica de Interpretação Conforme a Constituição”*³⁹⁰.

A norma jurídica decisória é produzida no decorrer do processo de concretização, assim, o conceito de validade normativa não se remete exclusivamente ao texto positivado das normas, mas a partir de sua fundamentação tendo como base argumentos jusfundamentais corretos. O sistema constitucional, portanto, abre a possibilidade de obtenção de novas normas, *“derivadas da argumentação jusfundamental correta, o que permite conferir uma caráter interpretativo aberto às normas da Constituição”*³⁹¹.

Ocorre que, o caráter interpretativo aberto conferido às normas fundamentais tem sido confundido com discricionariedades, decisionismos, subjetivismos, particularismos (como se queira chamar!) ³⁹². Isso não pode ocorrer, a legislação (constitucional e

³⁸⁹ CADEMARTORI; DUARTE, 2009, pp. 34-35.

³⁹⁰ CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 35.

³⁹¹ CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 39.

³⁹² Afirma Lenio Streck que, haja vista a elaboração democrática das leis, o

infraconstitucional) é construída democraticamente e, apesar da possibilidade de interpretação, na concretização da norma ao caso, seus textos devem ser seguidos. Trata-se de uma legalidade constituída a partir dos princípios que são o marco da história institucional do direito³⁹³.

O juiz, nesse momento por possuir a liberdade de interpretação conforme a Constituição, deixa o passivismo para adotar uma postura constitucionalmente responsável de interpretação, longe das argumentações valorativas. É aí que reside o problema: como delimitar os limites em que deve ser exarada uma decisão judicial, tendo em vista que a Constituição, a legislação ordinária, a comunidade jurídica em geral, não estabeleceu quaisquer critérios que devem ser obedecidos nas decisões, notadamente, nos casos hipercomplexos?

As interpretações, superficialmente adequadas à Constituição como, por exemplo, a técnica da ponderação de princípios, não se encaixam ao contexto social brasileiro. Em grande parte, as decisões fundamentadas com base nos aportes alexyanos apresentam uma discricionariedade judicial desmedida, escondida sob o manto da justeza

Poder Judiciário apenas pode-se deixar de aplica-las nos seguintes casos: “a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade *strict sensu*) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado; b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, v.g., a *lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes; c) quando aplicar a interpretação conforme à Constituição ocasião em que se toma necessária uma adição de sentido ao antigo da lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Neste caso, o texto de lei (entendido na sua “literalidade”) permanecerá intacto; o que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o tome adequado a Constituição; d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto, pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto na interpretação conforme há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto ocorre uma abdução de sentido; e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo. Fora dessas hipóteses, o Poder Judiciário estará se sobrepondo à legislação produzida de acordo com a democracia representativa”. (STRECK, 2009a, pp. 561-563).

³⁹³ STRECK, 2009a, p. 572.

de abstratos argumentos principiológicos, é necessário conter essa situação.

As teorias dos princípios aplicadas hoje ao contexto brasileiro, não estão aptas a transcender o *“solipsismo teórico da filosofia da consciência”*³⁹⁴. Inadequadas a nossa realidade social, as técnicas de ponderação, dimensão de peso, princípios como mandamentos de otimização, traduzem-se em argumentações persuasivas que valem a um auditório particular, enquanto que a uma argumentação adequada ao contexto constitucional deve ser válida para todos, *“no âmbito de um auditório universal”*³⁹⁵,³⁹⁶. O raciocínio jurídico, deve ser uma síntese na qual deve-se levar em conta o valor da solução e sua conformidade com o direito³⁹⁷.

No entanto, a busca pela justiça social do direito (e aqui não se critica essa busca), a ênfase dada ao Poder Judiciário e à ponderação de princípios, acaba por colocar a margem dos juízes as leis democraticamente elaboradas:

Tenho ouvido em palestras e seminários que “hoje possuímos dois tipos de juízes”: aquele que se “apega” à letra fria (sic) da lei (e esse deve “desaparecer”, segundo alguns juristas) e aquele que julga conforme os “princípios” (esse é o juiz que traduziria os “valores” – sic – da sociedade, que estariam “por baixo” da “letra fria da lei”). Pergunto: cumprir princípios significa descumprir a lei? Cumprir a lei significa descumprir princípios? Existem regras (leis ou dispositivos legais) desindexados de princípios? Cumprir a “letra da lei” é dar mostras de positivismo? Mas, o que é ser um positivista?³⁹⁸

A Constituição Federal condiciona o discurso jurídico, que, sob o manto dos princípios, esconde discricionariedades. Segundo entende Humberto Ávila, *“é até mesmo plausível afirmar que a doutrina constitucional vive, hoje, a euforia do que se convencionou chamar de Estado Principiológico”*³⁹⁹, haja vista as mudanças ocorridas no direito

³⁹⁴ STRECK, 2009a, p. 466.

³⁹⁵ STRECK, 2009a, p. 451.

³⁹⁶ STRECK, 2009a, pp. 450-466.

³⁹⁷ CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 75.

³⁹⁸ STRECK, 2010a, p. 169.

³⁹⁹ ÁVILA, 2005, p. 15.

constitucional.

No entanto, a euforia do novo terminou por acarretar alguns exageros e problemas teóricos no uso dos argumentos por princípios, que têm inibido a própria efetividade do ordenamento jurídico, em especial no que corresponde a sua estrutura e modos de aplicação. Suas distinções diante do caráter descritivo das regras têm atribuído aos princípios a condição de normas que, por serem relacionadas a valores que demandam apreciações subjetivas do aplicador, não são capazes de investigação intersubjetivamente controlável, *“os princípios são reverenciados como bases ou pilares do ordenamento jurídico sem que a essa veneração sejam agregados elementos que permitam melhor compreendê-los e aplicá-los”*⁴⁰⁰.

A manipulação indiscriminada de princípios, *“aqui e acolá baralhados com regras, axiomas, postulados, ideias, medidas, máximas e critérios”*⁴⁰¹, conferem ao intérprete um amplo grau de discricionariedade, sem delimitar os aportes interpretativos conferidos a essas normas, sendo decisivo saber qual é o modo mais seguro de garantir sua efetividade. Daí parte o estudo de Ávila, investigando as condições sob as quais os princípios seriam aplicados.

Chega a conclusão de que o ponto de partida da aplicação do princípio seria a interpretação da hipótese normativa, sua teoria antecipa as características das espécies normativas de modo que o intérprete ou o aplicador, encontrando-as, possa ter facilitado seu processo de interpretação e aplicação do Direito. Batizando sua teoria dos princípios de “heurística”,

por depender de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete. Por isso a distinção entre princípios e regras deixa de se constituir em uma distinção quer com valor empírico, sustentado pelo próprio objeto da interpretação, quer com valor conclusivo, não permitindo antecipar por completo a significação normativa e seu modo de obtenção. Em vez disso, ela se transforma numa distinção que privilegia o valor heurístico, na medida em que funciona como *modelo* ou *hipótese provisória* de trabalho para uma posterior

⁴⁰⁰ ÁVILA, 2005, p. 16.

⁴⁰¹ ÁVILA, 2005, p. 94.

reconstrução de conteúdos normativos, sem, no entanto, assegurar qualquer procedimento estritamente dedutivo de fundamentação ou de decisão a respeito desses conteúdos⁴⁰².

O uso irresponsável dos princípios compromete a clareza e a previsibilidade do direito. A proposta por ele defendida admite a coexistência das espécies normativas em razão de um mesmo dispositivo, ao invés de considerar regras e princípios como alternativas exclusivas, *“propõe-se uma classificação que alberga alternativas inclusivas, no sentido de que os dispositivos podem gerar, simultaneamente, mais de uma espécie normativa”*⁴⁰³.

Ou seja: a teoria de Àvila, além de negar a separação dualista entre regras e princípios, impõe condições a serem observadas na aplicação das regras e dos princípios, com eles não se confundindo. Segundo ele a positivação de princípios implica a obrigatoriedade da adoção dos comportamentos necessários à sua realização, salvo se o ordenamento jurídico predeterminar o meio por regras de competência.

Nesse sentido, os princípios não são apenas valores cuja realização fica na dependência de meras preferências pessoais, os princípios implicam comportamentos, ainda que por via indireta e regressiva. Pode até haver incerteza quanto ao “conteúdo” do comportamento a ser adotado, mas não há quanto à sua “espécie”, que corresponde a consecução do fim devido.

Assim, a delimitação da norma que direcionará os comportamentos devidos dependeria da implementação de algumas condições, segundo ele *“de fato, como saber quais são as condições que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado e quais são os comportamentos necessários a essa realização? Algumas diretrizes metódicas facilitam o encontro das respostas a essas questões”*⁴⁰⁴. Veja-se que Àvila faz alusão à necessidade da elaboração de “diretrizes metódicas” que facilitariam o conhecimento das condições em que seriam aplicados os argumentos por princípios, garantindo segurança jurídica nas decisões. Mas, quais seriam exatamente essas diretrizes? Sua teoria não respondeu essa questão de modo objetivo.

Já Lenio Streck, dada a mesma circunstância estudada por Àvila, de abertura semântica conferida aos princípios em face das regras, propõe que seja realizado um controle da interpretação jurídica,

⁴⁰² ÀVILA, 2005, p. 19.

⁴⁰³ ÀVILA, 2005, p. 60.

⁴⁰⁴ ÀVILA, 2005, p. 72

fundamentado na hermenêutica constitucional, apostando na Magna Carta como limite às relações jurídico-institucionais, de modo a impedir/frenar a perda da independência do direito:

É nesse sentido que proponho a resistência através da hermenêutica, apostando na Constituição (direito produzido democraticamente) como instância da autonomia do direito para limitar a transformação das relações jurídico-institucionais em um constante estado de exceção. Disso tudo é possível dizer que, tanto o velho discricionarismo positivista, quanto o pragmatismo fundado no declínio do direito, têm algo em comum: o déficit democrático. [...]Ou seja, se a autonomia do direito aposta na determinabilidade dos sentidos como uma das condições para a garantia da própria democracia e de seu futuro, as posturas axiologistas e pragmatistas – assim como os diversos positivismos *stricto sensu* – apostam na indeterminabilidade. E por tais caminhos e condicionantes que passa a tese da resposta correta em direito⁴⁰⁵.

Noutras palavras, a proposta de Lenio Streck parte de uma aplicação constitucional, embasada na necessidade de encontrar parâmetros objetivos que levem à uma “*resposta hermenêuticamente (mais) adequada, que é dada sempre e somente na situação concreta*”⁴⁰⁶. Segundo ele, a interpretação jurídica foi de um legalismo rasteiro à um ativismo desmedido, permitido pela corrente neoconstitucionalista, que possibilita até mesmo desconsiderar a lei em busca da justiça, aplicando os princípios jurídicos.

A tese da resposta hermenêuticamente adequada, na qual embasa sua teoria da argumentação, “*trata-se de superar as teses convencionalistas e pragmatistas a partir da obrigação de os juízes respeitarem a integridade do direito e a aplicá-la coerentemente*”⁴⁰⁷, com a aplicação de discursos intersubjetivos, em que os princípios têm o condão de recuperar a realidade que vai além do texto legal.

Em síntese: a resposta correta e adequada tem um grau de abrangência que evita decisões que só se aplicam a um caso específico,

⁴⁰⁵ STRECK, 2010a, p. 165.

⁴⁰⁶ *Ibidem*.

⁴⁰⁷ STRECK, 2009a, p. 570.

pois uma decisão mesmo que embasada exclusivamente em princípios jurídicos deve estar apta a ser aplicada em casos semelhantes, o que seria, inclusive, exigência de segurança jurídica.

Afirma Streck que em reflexo ao dever fundamental do magistrado de justificar suas decisões, existe o direito do cidadão de obter respostas adequadas e coerentes à Constituição. Desse modo, só haverá coerência na aplicação de princípios se os mesmos princípios que foram aplicados em uma decisão *“forem aplicados para os outros casos idênticos; mas, mais do que isso, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição”*⁴⁰⁸.

Assim, imprescindível que o magistrado realize uma fundamentação exaustiva que o autor denomina “fundamentação da fundamentação”, que seria traduzida na radical aplicação do artigo 93, IX, da Constituição⁴⁰⁹. Nesse sentido, a decisão deve ser coerente para bem poder inserir a problemática na superação do esquema sujeito-objeto pela hermenêutica jurídico-filosófica, representado a relação de complementariedade entre princípios e regras.

Explica-se: na “fundamentação da fundamentação” o aplicador da norma demonstraria a regra que lhe levou a aplicação do princípio, e no caso da aplicação de uma regra demonstraria o princípio que fundamenta a aplicação da regra, essas descrições ocorreriam de forma exaustiva, conferindo certeza da regular aplicabilidade da norma e segurança jurídica ao que a ela se submete.

Nessa forma de fundamentação, encontrar-se-ia a resposta adequada, sendo substituída qualquer pretensão solipsista pelas condições fático-concretas. Essa resposta, portanto, ultrapassa argumentos subjetivos e/ou redundantes:

busca no *ethos* principiológico a fusão de horizontes demandada pela situação que se apresenta. Isto porque a interpretação do direito é um ato de “integração”, cuja base é o círculo hermenêutico (o todo deve ser entendido pela parte, e a parte só adquire sentido pelo todo), sendo que o sentido hermeneuticamente adequado se obtém das concretas decisões por essa integração coerente na prática jurídica, assumindo especial importância a autoridade da tradição (que não aprisiona, mas funciona como condição de

⁴⁰⁸ STRECK, 2009a, p. 571.

⁴⁰⁹ *Ibidem*.

possibilidade)⁴¹⁰.

Assim, sendo a interpretação do direito um ato integrado, a resposta estará adequada na medida em que for respeitada a independência do direito, evitada a discricionariedade, respeitada a coerência no ato decisório a partir de detalhada fundamentação. Argumentos para a obtenção da resposta correta devem ser exclusivamente jurídicos, livres de entendimentos pessoais, políticos ou econômicos. Não é viável que, no estágio em que se encontra o direito constitucional hoje, sejam criadas argumentações embasadas em estratégias particularistas.

Necessário mencionar, que o modelo criado pelo autor não implica a elaboração de um rol de respostas definitivas, tendo em vista que parte da hermenêutica filosófica que, contrária ao congelamento de significados, não admite respostas definitivas. A resposta adequada partiria de uma compreensão dos fenômenos sociais, respeitando a autonomia do direito, por meio de argumentos coerentes e íntegros, resultantes do aprendizado prático (da prática jurídica) e social (das mudanças sociais) ao longo da história institucional do direito, decorrente de um processo de autocorreções reiteradas, nas quais são analisadas quais as melhores decisões tomadas⁴¹¹.

O direito fundamental a uma resposta correta, mais do que o assentamento de uma perspectiva democrática “*é um ‘produto filosófico’, porque caudatário de um novo paradigma que ultrapassa o esquema sujeito-objeto predominante nas duas metafísicas*”⁴¹². Reconhece-se que, em muitos casos, os esforços na utilização dos “princípios” buscam dar efetividade à norma constitucional, mas é preciso ser honesto e reconhecer que esse esforço que acaba criando princípios para “possibilitar” a efetivação da Constituição pode levar a violações da democracia, o que acaba por fragilizar o direito, hipótese sem sentido depois da luta pela redemocratização do Estado e separação dos poderes.

Assim, somente quando houver coerência nas decisões por princípios, realizada por meio de uma fundamentação exaustiva (“fundamentação da fundamentação”), na busca da resposta correta através de um fechamento hermenêutico no momento do processo decisório, que poderá se dizer que há uma aplicação dos princípios

⁴¹⁰ *Ibidem*.

⁴¹¹ STRECK, 2009a, p. 572.

⁴¹² STRECK, 2009a, p. 573.

constitucionalmente adequada.

A última e derradeira tese principiológica na qual se espelha o modelo que se pretende desenvolver corresponde a “relação circular entre princípios e regras constitucionais” de Marcelo Neves. Segundo Neves, a distinção entre princípios e regras só se tornaria relevante no plano da argumentação pois o intérprete constrói o sentido da norma somente no processo de concretização constitucional⁴¹³.

Para ele, princípios e regras possuem uma relação de complementariedade recíproca: princípios servem a abrir e enriquecer a cadeia argumentativa das regras, e as regras oferecem fundamento de aplicação imediata aos princípios que não possuem essa característica *per se*:

Os princípios constitucionais servem ao balizamento, construção, desenvolvimento, enfraquecimento e fortalecimento de regras, assim, como eventualmente, para a restrição e ampliação do seu conteúdo. Em suma, pode-se dizer, com o devido cuidado, que eles atuam como razão ou fundamento de regras, inclusive de regras constitucionais, nas controvérsias jurídicas complexas. Mas as regras são condições de aplicação dos princípios na solução dos casos constitucionais. Ou seja, caso não haja regra diretamente atribuída ao texto constitucional ou legal nem seja construída judicialmente uma regra à qual o caso possa ser subsumido mediante uma norma de decisão, os princípios perdem o seu significado prático ou servem apenas à manipulação retórica para afastar a aplicação de regras completas, encobrando a inconsistência do sistema jurídico⁴¹⁴.

Desse modo, caso inexista correspondência entre as espécies normativas na sua aplicação à hipótese em concreto, os princípios servem apenas à argumentos retóricos e as regras são destituídas de sentido completo, razão pela qual é estritamente necessário, para a força da argumentação jurídica e como meio de garantia dos direitos fundamentais (notadamente a segurança jurídica), a existência dessa relação circular entre as duas normas, solidificando suas estruturas.

⁴¹³ NEVES, 2013, p. 126-127.

⁴¹⁴ NEVES, 2013, pp. 134-135.

De tudo o que foi exposto, resta claro perceber que o maior obstáculo à aplicação dos princípios jurídicos diz respeito à discricionariedade intrínseca aos argumentos principiológicos. A interpretação deve vir integrada ao programa constitucional, realizada por meio de fundamentos claros e precisos, para que o cidadão possa compreender os alicerces da decisão ao qual se submete, sem argumentos retóricos, sem empolgação. O ativismo judicial se configura, na maioria das vezes, como a recusa dos juízes e tribunais de se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pela Constituição.

Sabe-se que uma decisão exclusivamente objetiva é praticamente impossível, o ato decisório é resultado de um processo cognitivo que se move no plano da interpretação/compreensão e que, portanto, precede a argumentação, trata-se de um processo integrado. No entanto, esse processo não pode vir exclusivamente embasado na livre convicção do magistrado, a decisão tem de estar limitada pela lei e vinculada à Constituição.

Desse modo, a teoria da decisão⁴¹⁵ exposta a seguir aposta no controle do poder de disposição do juiz através da realização da interpretação jurídica, o que será traduzido em alguns passos a serem seguidos no ato da concretização constitucional (interpretação, fundamentação e aplicação/decisão), garantindo a legitimidade da prática jurídica, voltando-se ao modo como os juízes decidem.

A proposta delimita as etapas pelas quais deveria passar a fundamentação decisória, quais sejam, (1) o aplicador da norma partiria de um caso concreto (hipótese), em seguida, (2) realizaria sua interpretação e compreensão, (3) a partir da compreensão do caso investigaria qual a norma, regra ou princípio, mais adequada para fundamentá-la, nesse primeiro momento o intérprete realizaria (4) uma primeira fundamentação da norma jurídica decisória, tendo por aportes as disposições constitucionais, infraconstitucionais, doutrinárias, jurisprudenciais. Em um segundo momento, de modo a dar maior

⁴¹⁵ De fato, a teoria da decisão é o modo como a teoria jurídica de matriz anglo-saxã enfrenta os problemas decorrentes da interpretação e da aplicação do direito. Isto se justifica, de certo modo, porque nela os precedentes constituem a principal fonte de direito e, ao mesmo tempo, explica porque não existe uma cultura voltada ao estudo da teoria da decisão no interior da tradição romano-germânica. (FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (organizadores), 2012, p. 125)

densidade regulativa ao fundamento principal de sua decisão (norma decisória), (5) encontra a “norma-reflexo”, no caso do uso de um princípio a regra(s) e no uso de uma regra o princípio(s), (6) desenvolvendo uma “fundamentação da fundamentação”, o que representaria o último passo da teoria que aqui se sugere. A figura abaixo pretende clarificar a explanação da teoria:



A necessária fundamentação exaustiva, tem por objetivo atribuir à decisão o máximo de segurança jurídica, livrando-a de argumentos pessoais. Isso se deve ao fato de que caso seja usada uma regra como norma de decisão, o princípio servirá ao “*balizamento, construção, desenvolvimento, enfraquecimento e fortalecimento*”⁴¹⁶ dessa regra, ampliando ou reduzindo seu conteúdo, dando-lhe estrutura e adequando-a ao contexto social do caso a ser decidido.

⁴¹⁶ NEVES, 2013, p. 134.

Por sua vez, caso a norma de decisão seja um princípio, a fundamentação complementar de uma regra é condição de aplicação, pois através da aplicação do princípio por si só não se consegue determinar diretamente a relação entre o fato jurídico e sua eficácia jurídica concreta. Por se tratarem de normas de aplicação mediatas em relação ao caso a decidir e da norma de decisão, os princípios não apresentam uma relação clara entre antecedente e consequente, sendo incompletos como argumentos jurídicos exclusivos.

Não se trata aqui de negar a aplicabilidade proposicional de nenhuma das duas normas, princípios ou regras, mas sim de atribuir a essas normas uma fundamentação exaustiva, conferindo certeza e segurança jurídica na aplicação das decisões, protegendo a autonomia do direito de ativismos prejudiciais à ordem Constitucional, servindo ao fechamento do processo interpretativo. A relação necessária de correlação entre regras e princípios fecha a cadeia argumentativa dando menos espaço à discricionariedade judicial.

Os princípios constitucionais aplicados em conjunto com as regras e vice-versa, servem, ao final, para aumentar a certeza do direito, uma vez que limitam o leque de possibilidades interpretativas, exigindo que os intérpretes atribuam aos textos legais somente os sentidos normativos compatíveis com eles. Possibilitando que se chegue a uma única resposta correta evitando decisionismos judiciais.

Assim, nesse modelo, da mesma maneira que nos modelos de Àvila, Streck e Neves, discorda-se da cisão dual entre regras e princípios, sugerindo sua aplicação em conjunto, partindo-se da premissa de que “por trás de cada regra deverá haver um princípio” e “por trás de um princípio deverá existir uma regra”. Os efeitos práticos dessas assertivas mostram-se determinantes para o controle das decisões judiciais, uma vez que a explicitação do processo interpretativo, possibilita que seja verificado se não houve violação à coerência, à consistência e, sobretudo, à integridade do direito.

Não há como negar que na interpretação de qualquer texto normativo para aplicação em um caso específico realizam-se juízos morais e, até mesmo, subjetivos pelo intérprete. No entanto, essas interpretação morais/subjetivas não podem corromper o texto legal. O Estado Constitucional de Direito, cobra reflexão acerca dos paradigmas que informam e conformam a própria decisão jurisdicional, com o objetivo de garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada.

O ativismo judicial tal qual vem ocorrendo se caracteriza, sobretudo, pela intervenção indevida dos juízes na esfera legislativa, na medida em que a decisão judicial é tratada ora como produto de um ato de vontade e ora como resultado de uma política judiciária. Ocorre que, não é tolerável a existência de um super-poder que intervenha sobre todos os outros. Neste contexto, que a discricionariedade judicial, por vezes intitulada ativismo, deve ser controlada através de mecanismos idôneos que não permitam a produção de juízos arbitrários, avessos aos ideais que conformam as sociedades democráticas. E é essa a finalidade da teoria da decisão aqui desenvolvida, controlar os particularismos na prática judicial.

O uso desmesurado dos princípios compromete a clareza e a previsibilidade do direito, razão pela qual deve haver uma coexistência deles com as regras, nesse sentido, chegou-se a uma teoria da decisão que se acredita ser adequada ao contexto social brasileiro, que pretende romper com a retórica do uso dos princípios, garantindo a efetividade dos direitos constitucionais e a segurança jurídica. Partindo de Àvila, que entende pela impossibilidade de cisão entre regras e princípios, sugerindo, sob os aportes de Marcelo Neves, segundo o qual as duas espécies normativas devem ser aplicadas de modo circular e reflexivo, tudo isso, após uma fundamentação exauriente, traduzida na “fundamentação da fundamentação” desenvolvida por Lenio Streck.

CONCLUSÃO

O mote deste estudo não foi diferenciar regras e princípios, ou aprofundar-se no estudo das técnicas de Ronald Dworkin e Robert Alexy, mas, sim, adentrar na problemática que advém do uso de princípios jurídicos como fórmulas de redundância para fundamentar decisões subjetivas, sua utilização retórica, pretendendo dar aparência de legalidade aos argumentos mais esdrúxulos. Pretendeu-se aqui demonstrar a insegurança que essa maneira de aplicar os princípios traz à prática jurídica e (re)pensar o papel dos princípios nesse cenário.

Defendeu-se aqui a relação de complementariedade, flexibilidade, a aplicação conjunta dos princípios e regras jurídicas, numa fundamentação exauriente da decisão jurídica. Princípios, por si sós, não solucionam os casos a que se pretende aplicá-los. Regras, por si sós, tampouco conseguem abarcar a complexidade de casos hipercomplexos. A questão toma maior significado quando se considera a relação entre regras e princípios relevantes à solução do caso.

Tratou-se, de analisar os princípios utilizados na prática jurídica brasileira que são, para dizer o mínimo, redundantes e tautológicos, como os princípios da afetividade, da paternidade responsável, da simetria, e por aí vai. Chegando-se ao entendimento de que no cenário jurídico de hoje, em que vigora o neoconstitucionalismo, reverbera o uso indiscriminado do termo “princípio” chegando-se ao limite do absurdo no conteúdo de alguns deles.

Chegou-se a conclusão de que regras e princípios devem ser aplicados em conjunto, pois se complementam, possuem uma relação circular e reflexiva, sendo incabível sua cisão na prática jurisdicional. Os efeitos práticos dessa assertiva, mostram-se determinantes para o controle das decisões judiciais, uma vez que a explicitação do processo interpretativo, realizado pela fundamentação exauriente que toma como base regras e princípios, possibilita que seja verificado se não houve violação à coerência, à consistência e, sobretudo, à integridade do direito.

Desse modo, a utilização dos princípios sobre as regras, seu uso redundante, ou sua criação irresponsável, como mecanismos de justificação de decisões subjetivas, substituindo leis válidas e democraticamente construídas, é nada menos do que permitir a ampla discricionariedade judicial, que tanto se tentou superar. Para que o Poder Judiciário tenha uma atuação em consonância com o paradigma do Estado Constitucional de Direito, é necessário encarar essas

problemáticas, adentrando na construção de uma teoria da decisão livre de qualquer tipo de decisionismos judiciais.

Chegou-se, assim, no derradeiro capítulo deste trabalho, aos aportes iniciais de uma teoria da decisão judicial compatível com a realidade jurídica brasileira, que pretende romper com a retórica do uso dos princípios, garantindo a efetividade dos direitos constitucionais e a segurança jurídica, através de uma fundamentação exaustiva, tornando possível enfrentar a problemática da insegurança jurídica, típica decorrência do uso de princípios jurídicos como argumentos retóricos para fundamentar as teses vis.

O Estado Constitucional de Direito, cobra reflexão acerca dos paradigmas que informam e conformam a própria decisão jurisdicional, com o objetivo de garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não adequada.

Ocorre que, as argumentações persuasivas proveniente da produção/criação de princípios, no mais das vezes, valem a um auditório particular, enquanto que a uma argumentação adequada ao contexto constitucional deve ser válida para todos. A Constituição Federal condiciona o discurso jurídico, que, sob o manto dos princípios, esconde discricionariedades, e essa prática deve ser frenada, é inviável colocar à margem dos juízes as leis democraticamente elaboradas.

O que se pôde perceber das decisões aqui analisadas foi que nos casos em que ocorreu a utilização de princípios retóricos (que aqui foram chamados de pseudoprincípios), eles sequer foram fundamentados, algumas delas constavam a redação do princípio somente na ementa da decisão, injustificando sua aplicação. No entanto, é necessário questionar os contrassensos transformados em princípios, pois, uma vez que essas ideais são convertidas em normas, eles são aplicados em diversas outras decisões, como se fossem elementos inovadores, dando ares de justiça as fundamentações.

Assim, da mesma maneira que foi superado o positivismo normativista e a discricionariedade a ele intrínseca é preciso superar, também, a discricionariedade proveniente do pós-positivismo, o ativismo judicial realizado com o auxílio de princípios jurídicos, como se fossem padrões interpretativos, que adquiram foro de universalização dada a pompa com que são invocados. Esse cenário é inviável pois fere de morte a autonomia do direito.

Os princípios não são fórmulas de redundância, eles servem como balizamentos das regras, possibilitando a formação legítima de uma decisão judicial. Por sua vez, as regras dão concretude à aplicação dos

princípios jurídicos. Ou seja, a legitimidade da decisão é aferida no momento em que se demonstra a relação circular e reflexiva entre princípios e regras: o princípio condiciona o argumento disposto na regra e a regra delimita a aplicação do princípio.

Assim, resta incabível que o intérprete ignore o direito democraticamente construído e decida com base em princípios “inventados” para chegar à conclusão que ele, particularmente, considere a mais adequada. O que é complexo não pode ser tratado por meio de *standards* (padrões) jurídicos.

Por esses motivos, foi desenvolvido nesta dissertação os aportes iniciais de uma teoria da decisão jurídica adequada ao contexto brasileiro, com enfoque na proteção dos princípios (e aí sim pode-se chamá-los de princípios) da legalidade, isonomia e, notadamente, da segurança jurídica, princípios esses que devem estar atrelados a todo fundamento decisório. Essa teoria busca proporcionar maior previsibilidade quanto ao conteúdo normativo dos princípios, condicionando o raciocínio jurídico, impedindo decisionismos, por meio de uma fundamentação exauriente. Sua ideia central consiste na demonstração minimalista de como o intérprete chega à norma decisória escolhida, relacionando a regra com o princípio, ou o princípio com a regra, a depender da norma central de decisão.

Resumindo: na teoria da decisão aqui desenvolvida realiza-se duas vezes a fundamentação do caso, em primeiro lugar escolhe-se a norma que irá direcionar a decisão, nesse caso um princípio ou uma regra e prossegue-se ao seu fundamento, dessa fundamentação e análise do contexto social, encontra-se a regra ou princípio que está por trás dessa norma e lhe dá balizamento ou concretude, com isso não se abre espaço para decisões subjetivas, a decisão devidamente fundamentada não dá espaço à discricionariedade.

O paradigma da discricionariedade do juiz se mantém hoje numa condição completamente despreparada para enfrentar o problema da interpretação na decisão judicial. E isso restou claro da análise do uso dos princípios na prática jurídica cotidiana, o que impulsionou essa busca pelos aportes de uma teoria da decisão judicial que reduzisse ao máximo a discricionariedade judicial, maléfica a concretização dos direitos da sociedade.

Por óbvio que aqui não se exaure o tema de uma teoria da decisão adequada ao contexto brasileiro, mas almeja imergir, principalmente, na análise acerca da insegurança jurídica provocada pela prática judicial confusa, com a utilização de princípios redundantes que funcionam como solução para fundamentar qualquer coisa. Imperativo, portanto,

que a comunidade jurídica aprofunde o tema da interpretação por princípios, busque respostas e as debata com a finalidade de chegar-se a melhor conclusão, pois conforme bem afirma Lenio Streck, “*se continuarmos nesse ritmo, toda e qualquer argumentação utilizada nas decisões judiciais tornar-se-á um princípio*”⁴¹⁷.

⁴¹⁷ STRECK, 2009a, p. 488.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan. *Las piezas del derecho*. Barcelona: Ariel, 2005.

ÀVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001, p. 14. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>.

_____. *“Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”*. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado. Número 17, 2009, p. 2. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista>.

_____. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001, Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>.

BARCELLOS, Ana Paula. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras Complementares em Direito Constitucional*. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, pp. 131-152. Salvador: JusPODIVM, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 240, 1-42, abr/jun. 2005.

_____. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. In: Revista Diálogo Jurídico. Ano I – vol. I – n. 6. Salvador –BA. Setembro de 2001.

_____. *A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo*. In: ARAGÃO, Alexandre dos

Santos de; NETO, Floriano Azevedo Marques. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BELTRAMI, Fábio. *Princípios como solução dos hard cases*. Teoria Dworkiniana. Mar/2015. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br>. 2014.

BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

_____. *O modelo jusnaturalista*. In: BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

_____. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: EDIPRO, 2001.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. *Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional*. São Paulo: Atlas, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 1999.

DIAS, Ronaldo Brêtas Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. In: Revista Estação Científica (Ed. Especial Direito) Juiz de Fora, V.01, n.04, outubro e novembro/2009.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Suzanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (organizadores). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. *Entrevista Professor Lenio Luiz Streck*. In: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, v. 81, n. 4, 2011. Disponível em: <http://revista.tce.mg.gov.br>.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 7ª ed., 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12 ed. Rev. E ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

MONTEZ, Marcus Vinícius Lopes. *A Constituição Dirigente realmente morreu?*. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 18 Ago. 2009. Disponível em: <http://www.investidura.com.br>.

MOREIRA, Nelson Camatta. *Dignidade Humana na Constituição Dirigente de 1988*. In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, 2007, p. 5. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com>.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

NEVES, Marcelo. *Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal*. In: Observatório Constitucional, 27.10.2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>.

NUNES, Dierle. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza. *Voltando à problemática da tipologia regras e princípios: primeiro ensaio*. Revista Juris Poiesis, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Estácio de Sá, nº 13, 2010.

_____. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

STRECK, Lenio. *Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?* Revista NEJ – Eletrônica, vol. 15, n. 1, jan./abril 2010a, pág. 165. Disponível em: [http://www. Univali.br/periódicos](http://www.Univali.br/periódicos).

_____. *O que é isso - decido conforme a minha consciência?* 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed., rev., ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009a.

_____. *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*. 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Hermenêutica e Possibilidades Críticas do Direito: Ensaio Sobre a Cegueira Positivista*. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 52, p. 127-162, jan./jun. 2008.

_____. *O (Pós-)Positivismo e os Propalados Modelos de Juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – Dois Decálogos Necessários*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 7, p. 15-45, jan./jun. 2010b.

_____. *O Problema da Decisão Jurídica em Tempos Pós-positivistas*. In: Revista de Estudos Jurídicos. 2º Quadrimestre, 2009b.

_____. *Por analogia, advogados devem invocar em seu favor o princípio da amorosidade!*. In: Boletim de notícias conjur. Setembro de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>.

_____. *Ativismo judicial não é bom para a democracia*. Entrevista concedida ao Conjur. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Mar/2009.

_____. *Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. Ensaios Jurídicos – Doutrina (processual) penal. Abril/2013, pp. 12 e 23. Disponível em: <https://ensaiosjuridicos.wordpress.com>.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito II*. Porto Alegre:

Editor Sergio Antônio Fabris, 1995.

WEBBER, Suelen da Silva. *O Panpriciologismo como propulsor da arbitrariedade judicial e impossibilitador da concretização de direito fundamentais*. In: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 305-324, janeiro/junho de 2013.

VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2009.